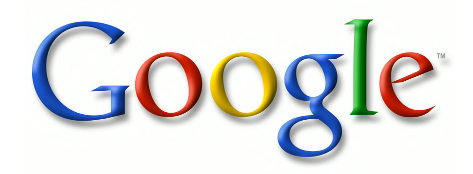
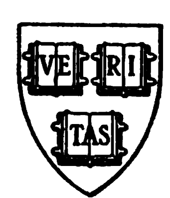
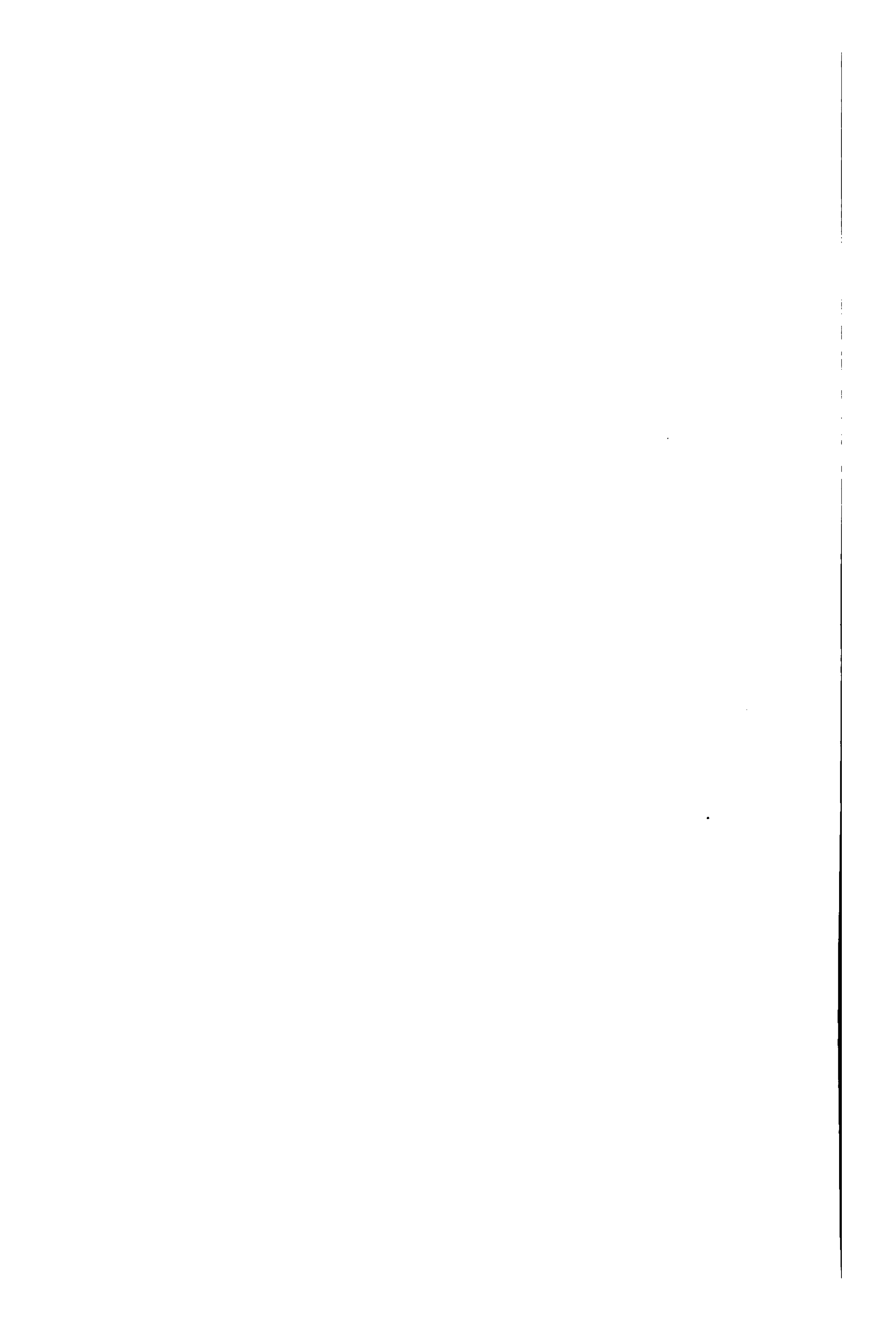



VE
RI
TAS



NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCION JURIDICA

PASQUALE FIORE

Derecho Internacional Privado

TOMO VI



CASA EDITORIAL FUNDADA EN 1875
MADRID

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL

BIBLIOTECA JURÍDICA

TOMO VI

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCIÓN JURÍDICA (TOMO VI)

PASQUALE FIORE

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ó

PRINCIPIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS

ENTRE

LAS LEYES DE LOS DIVERSOS ESTADOS

VERSIÓN ESPAÑOLA ANOTADA

POR LA REDACCIÓN DE LA

REVISTA DE LOS TRIBUNALES

CON UN PRÓLOGO DEL

EXCMO. SR. D. VICENTE ROMERO GIRON

SEGUNDA EDICIÓN
completamente refundida y considerablemente ampliada.

LEYES CIVILES

TOMO SEXTO

MADRID
CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA
CALLE DE SAN BERNARDO, 48
1904

J. GÓNGORA ALVAREZ, IMPRESOR.—SAN BERNARDO, 85.—MADRID.

DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

LIBRO V

DEL DERECHO DE SUCESIONES

(Conclusión).

CAPÍTULO XI

Del testamento y de su forma.

1.516. Concepto del testamento.—**1.517.** Sus formas según la ley italiana y la francesa.—**1.518.** Ley austriaca.—**1.519.** Del Imperio Germánico.—**1.520.** De Suecia.—**1.521.** De Suiza.—**1.522.** Del Imperio Otomano.—**1.523.** De los Países Bajos.—**1.524.** De Portugal.—**1.525.** De Rumanía.—**1.526.** De la Gran Bretaña.—**1.527.** De Rusia.—**1.528.** De Méjico.—**1.529.** De la República de Bolivia.—**1.530.** Leyes de varios Estados sobre la forma del testamento hecho en el extranjero.—**1.531.** Disposiciones especiales del Código francés, neerlandés, portugués, del Uruguay y el *Common Law*.—**1.532.** Estatuto de Victoria de 1861. **1.533.** Ley suiza de 1891.—**1.534.** La jurisprudencia ha aplicado la regla *locus regit actum* para resolver los conflictos.—**1.535.** Según la jurisprudencia, dicha regla puede ser aplicada al testamento ológrafo. **1.536.** Teoría de los escritores.—**1.537.** Opinión nuestra.—**1.538.** Lo que concierne á la declaración formal de la voluntad no se refiere á la forma extrínseca.—**1.539.** Se aclara lo que pueda ó no pueda considerarse comprendido en la regla *locus regit actum*.—**1.540.** La declaración formal de la voluntad debe ser regida por la ley reguladora de la sucesión, y no por la que se refiere á las formas extrínsecas.—**1.541.** Aplicación de los principios al testamento verbal: se determina el campo de la regla *locus regit actum*.—**1.542.** Si puede considerarse eficaz el testamento ológrafo sin fecha, aun cuando sea válido según la *lex loci actus*.—**1.543.** Casos en los cuales la regla *locus regit actum* puede ser aplicada para decidir sobre la fecha.—**1.544.** El testamento

ológrafo, sin fecha, hecho por un francés en el extranjero, debe considerarse siempre ineficaz.—**1.545.** Se resume y se aclara con ejemplos nuestra teoría.—**1.546.** ¿Qué debe decirse si, según la ley nacional, fuese expresamente exigida la autenticidad para el testamento hecho por los ciudadanos en el extranjero?—**1.547.** Se discute la opinión de los escritores que contradicen la nuestra.—**1.548.** Autoridad de la jurisprudencia.—**1.549.** Se resume y se aclara nuestra teoría acerca del verdadero alcance de la regla *locus regit actum*.—**1.550.** Inconvenientes que nacerían exagerando su alcance.—**1.551.** Ley que subordina al Derecho territorial la forma del testamento.—**1.552.** No todas las controversias que se refieren á la capacidad, pueden caer bajo la regla *locus regit actum*.—**1.553.** Es potestativo en el testador, observar las formas exigidad por la ley de su país.—**1.554.** Eficacia del testamento hecho con las formalidades prescritas por el Derecho local.—**1.555.** La *lex loci actus* debe regular la capacidad de los testigos.—**1.556.** Caracteres de la publicidad del acto y formalidades exigidas para su válida formación.—**1.557.** Testamento hecho en una lengua ignorada por el testador.—**1.558.** Testamento de los Agentes diplomáticos ó hecho en los países donde estén en vigor los Tratados.—**1.559.** Cuestiones que pueden nacer en el caso en que el testador haya cambiado de nacionalidad después de haber hecho testamento.—**1.560.** Formalidades del acto de revocación ó confirmación del testamento.

1.516. El legislador italiano define el testamento en el artículo 759 del Código civil: «Un acto revocable, por el cual una persona, en conformidad con las reglas establecidas por la ley, dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes ó de parte de los mismos en favor de otra ó de otras».

Está conforme con la disposición sancionada por el legislador francés en el art. 895, por el legislador español en el artículo 667 y con los de otros países. El legislador austriaco dice en el art. 553: «La declaración de última voluntad por la que se instituye heredero, se llama testamento; la que se refiere solamente á otras disposiciones, se llama codicilo» (1).

Según el Código del Imperio germánico, el testamento es la disposición de última voluntad, por la que se instituye heredero ó se deja á alguien una parte del patrimonio (legado).

En resumen, la mayor parte de los legisladores están de acuerdo al admitir que el testamento es un acto por el cual una

(1) Conf. Código Bernois, art. 572.

persona dispone de todos ó de parte de sus bienes á favor de otra ó de varias para después de su muerte. Cada legislador establece después la forma con arreglo á la cual deba hacerse la disposición testamentaria á fin de que pueda tener su valor como tal, y en este punto no están del todo conformes las reglas establecidas por unos y por otros.

1.517. Según nuestro Código, se reconocen dos formas legales de testamento ordinario, esto es, el testamento ológrafo y el testamento ante Notario. El testamento ológrafo es aquel que está escrito por completo, fechado y firmado, por la mano del testador; el testamento ante Notario puede ser público ó secreto. Público es el que se otorga ante un Notario en presencia de cuatro testigos, ó ante dos Notarios en presencia de dos testigos (1). El testamento secreto puede ser escrito por el testador ó por un tercero, y el papel en el cual estén escritas las disposiciones, ó el que le sirva de cubierta, debe ser lacrado con un sello cualquiera, de modo que no se pueda abrir sin rotura ó alteración. El documento así sellado, se entregará al Notario en presencia de cuatro testigos, declarando que en aquel pliego está contenido el testamento, y debe ser recibido por el Notario, observando las formas establecidas por la ley (2) (*a*).

Nuestro legislador admite formas especiales para los testamentos hechos en lugares donde reine la peste ú otras enfermedades consideradas como contagiosas, los cuales pueden ser recibidos hasta por el Juez, por el Alcalde ó por el que haga sus veces, y por el párroco en presencia de dos testigos; para los hechos á bordo de los barcos de la marina de guerra ó mercante durante el viaje y para los testamentos militares. No es, sin embargo, el momento de entrar en particularidades (3).

También el legislador francés establece que el testamento

(1) Conf. arts. 774 y 777.

(2) Arts. 782 y 783.

(*a*) En el Código civil español se conocen entre las formas comunes de testar, las mismas tres clases de testamento; denominándose el público de Italia, abierto, y el secreto del mismo país, cerrado. Véase el art. 676.

(3) Arts. 789 y 803.

ordinario puede ser ológrafo, ó hecho por acto público, ó en la forma mística, y establece las solemnidades legales para cada una de las formas indicadas (1). Admite además formas especiales para los testamento hechos en lugares infestados por enfermedades contagiosas, para los testamentos marítimos y para los testamentos militares.

1.518. Según el Código austriaco, el testamento puede ser hecho judicial ó extrajudicialmente, por escrito ó de palabra, y el escrito con testigos ó sin ellos (2). No entremos en todos los particulares, pero observaremos que, según el Código austriaco, es también una forma legal de testamento la declaración de última voluntad hecha seriamente de palabra delante de tres testigos idóneos presentes y capaces de hacer fe de la declaración del testador, hecha por éste ante aquéllos, sin que haya incurrido en dolo ó error. A éste se le llama testamento nuncupativo (3) (*a*).

El testamento nuncupativo puede hacerse también judicialmente. La declaración verbal debe llevarse á efecto ante dos funcionarios del orden judicial, uno de los cuales estará revestido del cargo de Juez en el lugar en que se haga la declaración. La falta de uno de los dos funcionarios referidos, puede suplirse con dos testigos. Con la declaración así prestada se forma un protocolo, que debe ser custodiado y sellado en el archivo judicial (4).

Notamos que el Código austriaco reconoce igualmente el testamento ológrafo, que es el que se halla escrito y firmado por la propia mano del testador; pero la fecha no es exigida

---

(1) Arts. 969 y siguientes del Código civil.

(2) Arts. 577 y siguientes de íd.

(3) Arts. 584 y 585.

(*a*) Esta clase de testamento recuerda el que en el Derecho catalán se conoce con el nombre de sacramental, establecido en el Privilegio *Recognoverum Próceres*, cap. 48, y por el cual vale la última voluntad manifestada verbalmente ó en escrito, presentes tres testigos, aunque no asistiere Notario alguno, con tal de que dentro de seis meses juren con determinadas solemnidades que así lo vieron ú oyeron escribir ó decir al testador.

(4) Arts. 587 y 589 del Código civil.

para la validez del testamento hecho en tal forma, en oposición de lo que establece la ley italiana y la francesa, que la consideran necesaria bajo pena de nulidad (*a*). El legislador austriaco dice así, en efecto, en el artículo 578 con respecto al testamento ológrafo: «No es necesario; pero para evitar litigios, es prudente cautela, expresar también el día, el año y el lugar donde se hace la declaración de última voluntad».

Advertimos finalmente que, según el Código austriaco, el testador puede hacer escribir la disposición de su última voluntad por un tercero, firmándola con su propia mano, declarando, ante tres testigos aptos, de los cuales, á lo menos, dos deben estar presentes, que lo escrito contiene realmente su última voluntad. Los testigos, aun cuando desconozcan el contenido del testamento, deben firmar el documento, declarando que lo suscriben como testigos de que es la última voluntad.

De igual modo, el testador que no sepa escribir y que no pueda leer, puede hacer su testamento observando las formalidades expresadas y poniendo en vez de firma un signo con su propia mano, en presencia de los tres testigos. En este caso se recomienda que uno de los testigos firme en nombre del testador con la anotación de haberlo hecho en su lugar.

El testador que no sepa leer puede hacer que uno de los testigos le lea lo escrito en presencia de los otros dos. El que haya escrito el testamento puede ser al mismo tiempo testigo (1).

También el Código austriaco admite disposiciones especiales para los testamentos privilegiados (2).

1.519. Según el Código del Imperio germánico, el testamento ordinario puede hacerse ante un Juez ó un Notario, y también mediante una declaración escrita y firmada por la propia mano del testador, con la indicación del lugar y del día.

Se debe decidir, según la ley local, si para la confección del

(*a*) Y la Ley española, añadimos nosotros, que también exige la expresión del año, mes y día en que se otorgue, sin lo cual no es válido. (Art. 688 del Código civil).

(1) Arts. 579, 580 y 581.

(2) Art. 597.

testamento público son sólo competentes los Tribunales ó si lo es de modo exclusivo el Notario (1).

Cuando el testamento se hace ante el Juez, es preciso que intervenga un Escribano ó dos testigos; cuando se otorga ante Notario, debe intervenir ú otro Notario ó dós testigos. El testador puede declarar verbalmente su última voluntad ó presentar un escrito extendido de su mano ó de mano de otro, declarando de palabra que el referido escrito contiene su última voluntad. De todas estas diligencias debe formarse un expediente de juicio verbal, que será leído en alta voz, aprobado por el testador y firmado por su propia mano (2).

Además del testamento ordinario, el Código del Imperio reconoce diversas formas de testamentos extraordinarios; entre ellas, la que se hace ante el Jefe del Ayuntamiento, ó del distrito equiparado á un Municipio, por aquel que puede morir antes de que le sea posible otorgar el testamento ante el Juez ó el Notario (3). Y omitimos las restantes formas del testamento extraordinario, cuales son el hecho en tiempo de epidemia, durante el viaje á bordo de una nave, el testamento militar y el de los Agentes diplomáticos.

1.520. Según el Código sueco, el testamento puede hacerse por escrito y verbalmente. Se exige que dos hombres buenos puedan testificar que el testador otorgó su testamento en el pleno ejercicio de sus facultades mentales y libremente; pero el testador puede, á voluntad, darles ó no á conocer el contenido del testamento. Si el testador no ha podido encontrar los testigos, ó si se ha hecho constar que no tenía posibilidad de testar ante ellos, el testamento se reputa válido, con tal de que esté firmado por el testador. Así, pues, el Código sueco admite una forma especial de testamento privado, diversa de la que comúnmente se llama testamento olágrafo. Esto es, admite que en el caso de que sea imposible proceder de otro modo, la disposición de última voluntad pueda ser escrita por un tercero, y que tenga el

---

(1) Art. 141 de la ley introductiva.

(2) Arts. 2.233, 2.240 y 41.

(3) Art. 2.249.

valor de testamento, con tal de que esté firmada por el mismo testador (1).

1.521. En Suiza, se admiten diversas formas de testamento según las leyes especiales de cada cantón. Además de las dos formas generales del testamento público y del testamento privado, se consideran válidas las disposiciones hechas verbalmente por el testador, en presencia del número de testigos determinado por la ley. En el cantón de Argovia, se exige la presencia de tres testigos; sin embargo, el testamento verbal es sólo válido por treinta días contados desde el momento en que se ha hecho (2), y lo mismo sucede en el cantón de Friburgo (3), y en el de los Grisones. En estos cantones, según la ley, el testamento verbal deja de ser válido tan pronto como el testador haya recobrado la facultad de testar por escrito (4). En Neuchâtel, el testamento nuncupativo se considera válido sólo durante seis semanas. En San Galo, el testamento verbal debe ser hecho ante cuatro testigos, pero debe, en cuanto se pueda, ser transformado en testamento escrito (5). En Schaffouse, el testamento verbal es válido sólo durante los cuatro días siguientes á aquel en que el testador haya recobrado la posibilidad de hacer un testamento escrito (6). En Zurich, dicho testamento es admitido solamente en el caso de que exista peligro de muerte, y se considera válido hasta que el testador esté en aptitud de hacerlo en la forma ordinaria (7).

En el Cantón de Appenzell las disposiciones expresadas verbalmente por el testador son válidas, si se hacen en presencia de uno ó más testigos honrados y desinteresados, los cuales deben dar á conocer á la Autoridad competente lo que el testador ha dispuesto.

---

(1) *Les Codes suédois,* traducidos al francés por De la Grasserie, cap. XVI, tít. «Des successions», núm. 1.

(2) Código civil, 31 Agosto 1847, art. 934.

(3) Idem íd., 23 Mayo 1834, arts. 786 y 804.

(4) Idem íd. de 1862.

(5) Ley de 1808.

(6) Código civil, 1.º Septiembre 1865.

(7) Idem íd. de 1887.

Respecto á la forma ordinaria del testamento escrito, según las leyes de algunos Cantones, la intervención de los testigos es exigida incluso para hacer un testamento ológrafo. No se trata de que el testador dé á conocer á los testigos sus disposiciones, sino que debe declarar en presencia de ellos que el documento por él escrito, es su testamento, y los testigos, sin conocer el contenido, deben certificar al final del mismo documento, que tal declaración les fué á ellos hecha por el testador, poniendo la fecha, el lugar y la firma, y asegurando que el testador estaba en el pleno uso de sus facultades. El viejo Cantón de Berna, se rige por esta ley. Según el Código de los Grisones, el testamento privado requiere la intervención de tres testigos, y puede ser escrito por un tercero si el testador declara que aquello que fué escrito por el tercero, está conforme con su propia voluntad y es su testamento.

Para el testamento público se requiere el Notario en algunos Cantones, como sucede en el de Friburgo, en el de Ginebra y en el de Neuchâtel; en otros Cantones puede ser otorgado ante un testigo funcionario de la Autoridad administrativa, como sucede en el Cantón de Glaris; en el Cantón de Schaffouse se considera público el testamento recibido por un Escribano jurado, en presencia de testigos. En otros Cantones se permite hacer el testamento público ante la Autoridad judicial, como en el Cantón de Argovia.

1.522. Según el derecho otomano, el testamento puede ser nuncupativo (esto es, verbal), ológrafo, por acto público y en forma mística.

Se considera testamento nuncupativo, la declaración de última voluntad hecha verbalmente ante los testigos. El testamento ológrafo no es necesario que sea escrito y firmado por la mano del testador, sino que puede ser redactado por un tercero y firmado solamente por el testador. La firma se considerará auténtica, si el testamento escrito por un tercero ha sido firmado por el testador en presencia de dos ó tres testigos conocidos que firmarán el documento al mismo tiempo que el testador. El testamento público por excelencia es el hecho por el testador, que se presenta ante el Cadí en ejercicio, en el Tribunal del Sheriff

(pretorio religioso) donde dicta su última voluntad. El Cadí le libra una especie de sentencia (*Mazbatá*), en la cual se insertan las disposiciones testamentarias. Este es el testamento por acto público más solemne.

También se considera testamento por acto público el hecho ante un Notario y dos testigos ó ante el Obispo y dos testigos. Si el testamento se hace ante el Cadí no es preciso que el testador autorice el documento con su firma, porque sus disposiciones testamentarias están contenidas en la sentencia pronunciada y firmada por el Cadí. Si el testamento se ha hecho ante el Notario ó el Obispo, el documento debe ser firmado por el Notario ó por el Obispo, por el testador y por los testigos, y si el testador no pudiese firmar, su declaración debe ser confirmada por el Notario ó por el Obispo, manifestando la causa del impedimento. Si declarase el testador que no sabe ó no puede firmar, y se probara lo contrario, el testamento se considerará nulo y sin efecto. Si los testigos no pueden ó no saben firmar, el testamento puede ser válido, siempre que el Notario ó el Obispo declaren que no han podido encontrar testigos que sepan leer y escribir.

Los juristas musulmanes afirman que la falta de la fecha en el testamento no lo anula, pero esta opinión es combatida.

El testamento místico y secreto se hace con arreglo á las formalidades establecidas por la ley italiana ó francesa, presentando el documento que contiene las disposiciones de última voluntad al Cadí, al Notario ó al Obispo, asistido de dos testigos (1).

1.523. El Código de los Países Bajos admite tres formas de testamento: el ológrafo, el hecho por documento público y el que se hace en la forma mística (2).

Son, sin embargo, muy diferentes las formalidades requeridas para hacer un testamento ológrafo. El Código de que nos ocupamos, dispone, en efecto, en el art. 979, que el testamento ológrafo debe ser escrito enteramente y firmado por la mano del

(1) Confr. Lambrechts, *Dictionnaire practique de Droit comparé.*
(2) Art. 978 del Código civil neerlandés.

testador y depositado por éste en casa de un Notario. El Notario, acompañado de dos testigos, debe redactar inmediatamente el acta de depósito suscrita por él, por el testador y por los testigos, cuyas firmas se pondrán al pie del testamento si se ha consignado abierto, ó separadamente en el caso en que se haya presentado en un pliego lacrado. En este caso el testador debe escribir en presencia del Notario y de los testigos, en el exterior del documento, una anotación en que haga constar que el pliego contiene su testamento, debiendo firmar la referida nota. Si por un impedimento que sobreviniese después de firmado el testamento, el testador no pudiese firmar el acta del depósito, deberá hacer mención de ello el Notario, así como del motivo del impedimento.

El testamento ológrafo depositado en casa del Notario tiene el mismo valor que el testamento por acto público, y se considera hecho desde el día en que se haga el depósito, sin tener para nada en cuenta la fecha que tenga dicho testamento mismo. El testador puede siempre que lo desee recoger su testamento ológrafo, y en tal caso, esto debe hacerse constar por medio de acto auténtico, en descargo del Notario, lo cual equivale á una revocación (1).

El Código neerlandés no reconoce el testamento por acto privado propiamente dicho, que es llamado testamento ológrafo según los Códigos italiano y francés. Una disposición de última voluntad hecha en la forma del testamento ológrafo admitido según nuestra ley, es reconocida únicamente, según el Código neerlandés, para nombrar ejecutor testamentario (ó sean los albaceas), para las órdenes respecto al entierro del cadáver, para los legados de vestidos, ropa blanca, alhajas y muebles determinados. Estas son únicamente las disposiciones que pueden hacerse por acto privado sin otras formalidades, y que pueden ser revocadas también por un documento hecho en forma de escritura privada.

Testamento público es el otorgado ante Notario en presencia

(1) Artículos 980 y 981.

de dos testigos. Respecto del testamento místico se siguen las reglas establecidas por el Código francés.

1.524. El Código portugués dispone que el testamento, en lo que se refiere á la forma, puede ser público, secreto, militar y marítimo (1). Para el testamento público, que es aquel que se otorga ante Notario, se requiere la presencia de cinco testigos (2).

1.525. Según el Código rumano, existen tres formas de testamento: el ológrafo, el testamento auténtico y el testamento místico.

Las disposiciones verdaderamente especiales son las que se refieren al testamento público, que es el que recibe su autenticidad del Tribunal de primera instancia (3).

No es necesario que el documento sea redactado por el Tribunal. Un Juez cualquiera del Tribunal, en virtud de una delegación del Presidente ó del Juez que lo reemplaza, puede redactar el testamento dirigiéndose al domicilio ó á la residencia del testador en caso de enfermedad. Los testigos no son indispensables, pero del proceso verbal redactado por el Juez debe dar fe, bajo pena de nulidad, el Escribano ó su oficial. El Juez debe comprobar la identidad del testador. Si él no le conoce, los testigos habrán de intervenir sólo para certificar la identidad del mismo. El testamento lo mismo puede ser escrito por el testador que por otra persona, y presentado por duplicado al Juez, éste debe leerlo íntegramente en presencia del testador, el cual lo suscribirá ante el mismo Juez, debiendo también firmarlo el que lo haya redactado ó simplemente escrito (4).

1.526. Según el Derecho inglés anterior á la ley de 1837, además del testamento por acto escrito, indispensable para poder disponer de los bienes inmuebles, era admitido también el testamento verbal ó nuncupativo para la transmisión de la propiedad mueble, sujeto á numerosas formalidades cuando se tra-

(1) Art. 1.910 del Código civil portugués.

(2) Art 1.912.

(3) Arts. 860 y siguientes del Código civil y 33 de la Ley de 1886 y de 1887, que trata de la autenticidad de los actos.

(4) Arts. 8.º y 9.º de la Ley de 1886, que se ocupa de la autenticidad de los actos.

taba de un caudal superior á treinta libras esterlinas (1). Después de 1837, el acto escrito fué indispensable para la validez del testamento, aun del relativo á los bienes muebles y sujeto á determinadas formas. Conforme al Estatuto 15 y 16 de Victoria, capítulo XXIV, el escrito debe ser firmado por el testador ante los testigos ó reconocida la firma por éstos, en número no inferior á dos, los cuales deben certificar mediante una declaración escrita, que el testador firmó el documento en presencia de ellos, manifestandoles que lo escrito era la expresión de su última voluntad. La firma del testador, estampada ante los dos testigos ó certificada por los mismos, es siempre necesaria; pero la fórmula de la declaración escrita de los testigos antes de que sea firmado el documento, está establecida por la costumbre, mas no es requerida bajo pena de nulidad del testamento. Lo escrito de dicho modo atribuye el carácter de testamento á todo lo que se encuentra escrito antes de las firmas, pero no á lo que está escrito después. Esta es la forma del testamento del Derecho común. Hay también formas especiales para los testamentos hechos por los soldados y por los marinos que se hallan embarcados, los cuales pueden disponer de sus bienes muebles bajo las formas prescritas por el *Statute of frauds*. Estos pueden testar por documento escrito sin la certificación por parte de los testigos, y verbalmente ante un número suficiente de testigos. Para los testamentos de la gente de mar y de los que no han alcanzado la graduación de oficiales de la Marina del Estado, se requiere que estos actos se ejecuten en presencia de un oficial ó de las otras personas designadas por la ley (2).

Más adelante nos ocuparemos de todo lo concerniente á las formas de los testamentos hechos en países extranjeros.

1.527. Según las leyes rusas, se reconocen dos formas de testamento ordinario, á saber, el testamento auténtico y el testa-

(1) *Statute of frauds*, 29, cap II, § 19-21, completado con el Estatuto 4.º, Ana, cap. XVI, § 14.

(2) Confr. Leher, *Droit civil anglais*, § 924 y siguientes, pág. 655; Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. por M. Chompré, tomo III, págs. 538 y siguientes.

mento doméstico. Existen además testamentos especiales, como son el militar y el marítimo.

El testamento auténtico es aquel que el testador personalmente presenta á las autoridades gubernativas indicadas en el artículo 1.013 del Código civil, las cuales lo inscriben en el libro llamado de los documentos especiales. Sin embargo, en los territorios del Imperio ruso, donde está en vigor la nueva ley de procedimiento civil, el acto de última voluntad conforme al *ukase* de 5 de Abril de 1869, debe ser presentado por el testador al Notario en presencia de tres testigos é inscrito en el minutario notarial. El testamento hecho así, conforme con el apartado del art. 1.012 del Código civil, párrafo 4.° del complemento de 5 de Abril de 1869, tiene carácter de autenticidad y no puede ser impugnado, á no ser que la inscripción se califique de falsa.

El testamento doméstico, es el hecho por el testador, que no se registra por las Autoridades competentes ó por el Notario, y que se publica después de la muerte del mismo testador, presentándolo ante la Audiencia en los sitios donde no se ha implantado aun la reforma jurídica, ó ante el Tribunal judicial en los distritos donde la reforma se ha introducido.

Tanto el testamento auténtico como el doméstico, ó sea el que se hace en el domicilio, debe ser escrito y firmado por el testador y sellado por los testigos en el folio que se contiene, ó en cada una de las hojas donde se halla escrito, en el caso de que ocupe más de una. Este testamento se convierte en público, si el testador durante su vida lo presenta él mismo ó lo hace registrar por las autoridades indicadas, y conserva el carácter de testamento doméstico si así no lo hace.

Respecto al testamento otorgado por un ruso en país extranjero, el art. 1.077 del Código civil dispone lo siguiente: «Todo individuo ruso que se encuentre en el extranjero, puede hacer su testamento privado siguiendo la costumbre del país donde le haga; pero este testamento debe ser presentado á la Legación ó al Consulado de Rusia» (1).

(1) Véase la traduc. certificada del Consulado ruso en París en el *Journal de Dr. int. privé,* 1884, pág. 364.

El Sr. Serebrianny, que expone el Derecho ruso concerniente á la confección del testamento, afirma que, según la ley, el ruso puede hacer un testamento doméstico según el uso y la forma del país donde lo haya escrito, y que tal testamento debe reconocerse como válido siempre y cuando las formas requeridas por la ley del país extranjero hayan sido observadas, aunque no se haya presentado al Consulado ruso. Afirma también que la no presentación del mencionado testamento al Consulado ruso, produce el efecto de negar al acto el carácter de autenticidad, por más que no pueda nunca quitarle su fuerza legal como acto de última voluntad (1).

No pretendemos nosotros ciertamente, conocer la ley rusa mejor que el citado escritor que la expone. Sin embargo, séanos permitido observar que, si el texto del art. 1.077 es precisamente tal como resulta de la traducción certificada del Consulado general de Rusia en París, no nos parece que de dicho artículo resulte lo que Serebrianny afirma. Nos parece, por el contrario, que la presentación al Consulado ó á la Legación de Rusia debe reputarse como indispensable para que tenga fuerza legal el acto de última voluntad. Admitimos que si el testamento presentado á la Legación rusa fuese registrado, tendría el carácter de autenticidad; pero para el valor legal del testamento privado hecho por el ruso según la costumbre del país donde lo haya realizado, parece que la presentación á la Legación ó al Consulado ruso es indispensable.

Fundamos semejante observación en las siguientes consideraciones. Según la ley rusa, es preciso para otorgar el testamento privado ó doméstico, la intervención de los testigos que hagan constar que el documento contiene en realidad la voluntad del testador, expresada por él con entera libertad y en posesión plena de sus facultades intelectuales. La intervención de los testigos es indispensable, y su falta quitaría todo valor al testamento. Por consiguiente, como dice el mismo Serebrianny, si el testamento fuese firmado por el testador y no por los testigos, no

(1) Serebrianny avocat á la Cour d'appel. de St. Petersburg. nel *Journal de Dr. int. privé*, 1884, pág. 359.

tendría valor, porque al no haber llamado el testador á los testigos para que atestiguasen que aquella era su última voluntad, se podría racionalmente suponer que no había tomado una decisión definitiva para llevar á efecto un acto serio y valedero (1).

Así las cosas, entendemos el art. 1.077 del Código civil ruso, que manda presentar el testamento privado á la Legación ó Consulado de Rusia, en el sentido de que la presentación debe considerarse como indispensable para que tenga valor legal el acto. El legislador ruso exige necesariamente la intervención de los testigos para la validez del testamento doméstico hecho en Rusia, á fin de verificar con su presencia la plena libertad y las condiciones en que se encuentran las facultades intelectuales del testador. Autoriza también al ruso á hacer testamento privado en país extranjero, con las formalidades prescritas por la ley allí vigente, pero exige que este testamento sea presentado en la Legación ó en el Consulado, con el propósito, nos parece, de mantener incólumes los fines por los que exige la intervención de los testigos. Se puede ciertamente sostener que el testamento hecho por un ruso en Italia ó en Francia bajo la forma ológrafa, según las reglas de la ley italiana ó de la francesa que no exigen la intervención de testigos, debe reputarse válido, pero con la condición siempre de que sea presentado en la Legación ó en el Consulado de Rusia. Como diremos en su lugar, en el caso de que según el estatuto personal, sea taxativamente prescrita una determinada formalidad para dar valor al acto de última voluntad, la inobservancia de la misma afecta á la sustancia del acto. Por esto, queriendo mantener sin menoscabo la autoridad del estatuto personal, en todo aquello que concierne á la sucesión testamentaria, no nos parece que sea procedente desconocer la mayor autoridad de la ley personal del *de cujus*, en lo que se refiere á cuanto concierne á la forma sustancial del acto.

Después volveremos á ocuparnos de este asunto. Ahora sólo hemos querido apuntarlo, porque no aparece lo suficiente clara la exposición hecha por el Abogado Serebrianny, que ejerció

(1) Loc. cit., p. 362.

naturalmente mucha influencia en la decisión del Tribunal civil del Sena en la causa Duloup (1).

1.528. El Código mejicano distingue los testamentos ordinarios y los excepcionales. Los primeros son: el testamento público y el privado; y los otros, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. El testamento público puede ser abierto y secreto; el primero debe ser hecho ante tres testigos y un Notario y firmado por todos; pero en el caso de que el testador no sepa escribir, uno de los testigos debe firmar por él. El testamento secreto ó místico se hace casi con las mismas formalidades exigidas por nuestro Código y el francés.

Presenta un carácter del todo especial el testamento privado, que corresponde á nuestro testamento ológrafo. El legislador mejicano no lo considera como una forma ordinaria de testamento, pues lo admite sólo en los siguientes casos: 1.° Cuando el testador se halle en peligro inminente de muerte; 2.° Cuando en la localidad no se encuentre ni un Notario ni un Juez para hacer un testamento público; 3.° Cuando están interrumpidas las comunicaciones con motivo de una epidemia; 4.° Cuando el testador esté en una plaza sitiada. Para el testamento hecho en esta forma se requiere la presencia de cinco testigos. El testamento puede ser escrito por uno de ellos. En caso de urgencia pueden ser suficientes tres testigos, y si ninguno de ellos sabe escribir, las disposiciones de última voluntad pueden ser hechas verbalmente. Este testamento pierde todo su valor legal un mes después de que haya cesado la situación por la cual pudo ser admitido. Muerto el testador, los testigos deben declarar ante un Juez las disposiciones verbales que le hayan escuchado ó que han firmado, expresando el lugar y la hora en que se hizo el testamento, el contenido de las disposiciones, el buen estado de las facultades intelectuales del testador, los motivos que le impidieron recurrir á un Notario; y cuando las afirmaciones hechas ante el Juez sean uniformes, el testamento será declarado váli-

(1) Trib. civ. del Sena, 21 Julio 1883. (*Journal de Droit int. privé*, 1884, pág. 405).

do por éste. A tal acto se llama conversión de testamento privado en testamento formal.

Para los testamentos excepcionales hay establecidas formas especiales. Para los que se hacen en el extranjero, los Secretarios de las Legacionas, los Cónsules y Vicecónsules pueden desempeñar el oficio de Notario.

1.529. Según el Código civil vigente en la República de Bolivia, se admite como válido el testamento otorgado verbalmente. La declaración verbal debe ser expresada en presencia de cinco testigos, según el texto de los arts. 679, 680 y 682 del citado Código. El testamento nuncupativo puede ser hecho en presencia de tres testigos, pero en tal caso es preciso observar los arts. 671 á 673 del referido Código, relativos al testamento auténtico. El testamento debe ser dictado por el testador, escrito por uno de los testigos y leído y firmado por el testador y los testigos; la falta de estas formalidades implica la nulidad del testamento (1). Debemos advertir que, cuando el testamento fuese hecho en la República de Bolivia en esta última forma y se observaran todas las formalidades prescritas para su confección legal, no podría ser, según nuestra opinión, considerado como un simple testamento verbal, sino más bien como un testamento escrito y firmado por mano de un tercero, y no se deberían aplicar al documento así redactado las reglas que conciernen al verdadero y propio testamento verbal.

1.530. Por lo que se refiere al testamento hecho en país extranjero, en ciertos Códigos no se encuentran disposiciones especiales concernientes á él.

En el Código italiano, no existe una regla especial que se refiera á los mismos, sino solamente la norma general sancionada en el art. 9.° de las *disposiciones generales*, que dice así: «Las formas extrínsecas de los actos *inter vivos* y de última voluntad, se determinan por la ley del lugar en que se hacen. Es, no obstante, facultad de los disponentes ó contratantes, seguir la forma de la ley nacional suya, siempre que ésta sea común á todas las partes.»

(1) Véase Trib. del Sena, 6 Diciembre 1899. (*Journ. du Droit. int. privé*, 1900, pág. 372).

En el Código alemán se encuentra también sancionada la regla general en el art. 11 de la ley introductiva, el cual dice: «La forma de un negocio jurídico, se determina según las leyes que regulan la relación jurídica que constituye el objeto del negocio. Basta observar las leyes del lugar en que el acto jurídico se realiza.»

Según otros Códigos, la regla de derecho común internacional *locus regit actum*, se encuentra expresamente establecida para la forma de los testamentos hechos en el extranjero. Así acontece con el Código español (art. 732), que dice: «Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sometiéndose á la legislación del país donde se encuentren.» En Austria, la regla *locus regit actum*, está establecida en lo que se refiere á las disposiciones de última voluntad, por el Decreto de 22 de Julio de 1822. En Hungría, por la Ley de 1876. En Grecia, expresamente lo dispone la Ley de 30 de Febrero de 1830.

También dice el Código de Bolivia en el art. 696: «El boliviano que se encuentre en país extranjero podrá hacer su testamento siguiendo una de las formas establecidas en el presente Código, ya sea ante un Agente diplomático ó Consular de la República y dos bolivianos, ya ante dos bolivianos, ó bien con arreglo á la ley del país en que se encuentre.»

El Código de Guatemala, dispone en el art. 759: «Un guatemalteco podrá hacer testamento válido en país extranjero en la forma establecida por la ley de aquel en que el testador se encuentre, y ante las personas competentes según la misma ley.»

También, según el Código civil del Perú, la regla *locus regit actum* se encuentra admitida, pero subordinada á cierta condición. En el art. 679 del Código civil, anotado por Pradier-Fodéré (1), está sancionada la regla de que el peruano que quiera testar en el extranjero, debe hacerlo ante el Agente consular del Perú, observando para todo aquello que concierne al número de testigos y las otras solemnidades, las disposiciones sancionadas por el Código civil peruano. El legislador, sin embargo,

(1) Conf. Pradier-Fodéré en el *Journal de Droit int. privé*, tomo VI, pág. 269.

en la segunda parte del citado artículo, dispone que el peruano puede hacer testamento en el extranjero con las formas requeridas por la ley extranjera, y ante el oficial público competente para autorizarlo, reconociéndose como válido el testamento otorgado así. A pesar de esto, las reglas de los arts. 810 y 811 del Código peruano han establecido, que los actos de los peruanos verificados en país extranjero con las formalidades requeridas por la ley de aquel país, no son completamente eficaces y no se les puede dar fe en juicio, sino cuando sean depositados y legalizados por la Legación ó Consulado peruano existente en el país donde se haya otorgado el documento, ó bien por el Ministerio de Negocios extranjeros del Perú. Así debe considerarse como una formalidad complementaria en el caso de un testamento hecho por un peruano en el extranjero, que se presente (el testamento) ante los Magistrados del Perú para mantener su eficacia.

Creemos innecesario ocuparnos de otros Códigos que tienen disposiciones muy semejantes.

1.521. En las leyes de otros países se encuentran, por el contrario, disposiciones completamente especiales á propósito del testamento hecho por los ciudadanos en el extranjero. Así el Código civil francés, art. 999, dice: «El francés que se encuentre en país extranjero, puede hacer sus disposiciones testamentarias por acto privado con arreglo á lo prescrito en el art. 970, ó por acto auténtico con arreglo á las formalidades establecidas en el lugar donde realice este acto» (1).

El Código neerlandés se expresa así en el artículo 992: «El neerlandés que se encuentre en el extranjero, sólo podrá hacer su testamento por acto auténtico, observando las formalidades establecidas en el país donde lo realice.

Sin embargo, también podrá disponer por acto privado, según se determina en el art. 982». (Véase el párrafo 1.523).

---

(1) Según la ley francesa, los Cónsules franceses asistidos de dos testigos y del canciller, pueden autorizar un testamento público (Circular del Ministro de Negocios extranjeros de 22 Marzo 1834 y Cass. 20 Marzo 1883, 23 Enero 1893).

El Código portugués dispone en el artículo 1.961: «Los testamentos hechos por los ciudadanos portugueses en país extranjero producirán sus efectos legales en el reino, si han sido redactados en forma de acto auténtico conforme á la ley del país donde hayan sido otorgados».

Para los testamentos hechos por los extranjeros, el legislador portugués, en el artículo 1.965, establece que producirán sus efectos legales, incluso respecto á los bienes existentes en Portugal, si se han observado, en cuanto á la forma, las disposiciones de la ley del país donde el testamento se ha otorgado.

Las leyes de algunos países requieren como condición indispensable para la fuerza jurídica del testamento hecho en el extranjero, que se realice en forma auténtica. El Código civil del Uruguay consagra esta máxima en el art. 790: «El oriental que se encuentre en país extranjero podrá testar por medio de instrumento público, conforme á las leyes del mismo país».

Una restricción muy considerable á la regla del Derecho común, acerca de la forma de los testamentos hechos en el extranjero, se encuentra en los países regidos por el *Common Law*.

Según el Derecho inglés, no se admite la autoridad de la ley extranjera ni aun respecto á la forma de los actos de última voluntad hechos en país extranjero, cuando en éstos se ha dispuesto de un inmueble situado en Inglaterra. Donde quiera que se haga el testamento, si se refiere á una propiedad inmueble que exista en la Gran Bretaña, deben guardarse las formalidades prescritas en la ley inglesa, á fin de que tenga valor legal en Inglaterra ó en Escocia. Según la regla establecida en la *Common Law* (Statute of frauds) es imperativo para el testador observar aun respecto á la forma la *lex loci in quo bona immobilia sita sunt* (1).

También en los Estados Unidos de América prevalece el principio de la *Common Law*, y se admite como regla que la for-

(1) Story, *Conflict of Laws*, § 474-478. Dicey, *Conflict of Laws*, rule 138. *Comment.*, pág. 516. Westlake, *Private int. Law*, 3.ª edición, página 189.

ma del testamento que se refiere á los bienes inmuebles, se rige por la *lex rei sitae* (1).

El testamento relativo á los bienes muebles, se admite, según la *Common Law*, que debe ser reconocido por válido si como tal se tiene por la ley del domicilio del testador en el momento de su muerte. Como consecuencia de lo dicho, si según la ley del domicilio del testador en el momento de la muerte, fuese admitida la regla *lex loci actus*, se consideraría válido el testamento hecho bajo las formas prescritas en la ley del lugar donde se extendiese. Por lo tanto, si un individuo domiciliado en Francia, pero residente en otra parte, hace su testamento bajo las formas prescritas por la ley del país donde se encuentre en el momento en que le otorgue, este testamento debe ser considerado como válido según el Derecho inglés, porque conforme la ley francesa (la del lugar donde estaba domiciliado el testador), está admitida la regla *lex loci actus* (2).

Si por el contrario se tratase de un extranjero domiciliado en Inglaterra en el momento de su muerte, el cual hubiese hecho testamento en otro país, de acuerdo con la regla del Derecho inglés para decidir acerca de la validez del acto, sería necesario referirse á la ley del domicilio del *de cujus* y, por consiguiente, no se aplicaría ni la ley personal del testador ni la del Derecho común *lex loci actus*. El testamento, pues, podría ser reconocido válido en Inglaterra si se tuviera como tal por la ley inglesa. En otras palabras, según la regla de la *Common Law,* el principio de Derecho internacional privado acerca de la forma de los actos, es ó no admitido en Inglaterra, según que sea ó no aceptado por la legislación del país donde el extranjero que hizo el testamento estaba domiciliado al tiempo de su muerte (3).

1.582. La regla del Derecho común acerca de la forma extrínseca de los documentos, encuéntrase ampliada en virtud del Estatuto de Victoria de 1861, *Lord Kingsdown's Act* (4), re-

(1) Warton, *Conflict of Law,* ind. ed., n. 372. Dicey, cit. (*American Notes,* pág. 527).

(2) Confr. Dicey cit., rule 182, pág. 686 y siguientes.

(3) Dicey cit., *Comment and illustrations,* pág. 687.

(4) *Foreign Wills Acts,* 861 (24 y 25 Vict., cap. CXIV).

lativo á los documentos hechos por un ciudadano británico en el extranjero.

Merced á la regla establecida según la *Common Law* se podría considerar válido por su forma un testamento relativo á los bienes muebles, si como tal le tuviera la ley del domicilio del testador en el momento de su muerte. La expresada regla se aplicaba también al testamento hecho por un inglés domiciliado en país extranjero, y nacieron varias controversias respecto del testamento otorgado por un inglés en una forma que no era reconocida como válida, según la ley de su domicilio. Para evitar tales inconvenientes fué promulgada el Acta de 1861, la cual dispone lo siguiente en su art. 1.°: «Todo testamento, ó cualquiera otra disposición testamentaria hecha fuera del Reino Unido por un ciudadano británico (cualquiera que fuese su domicilio en el tiempo en que hizo su testamento ó al de su muerte), será, con relación á sus bienes muebles *(personal estate)*, considerado como válido bajo el punto de vista de poder ser admitido en Inglaterra ó en Irlanda á la homologación (*to probate*) y en Escocia (*to confirmation)*, si se ha hecho según las formas exigidas; ó

»por la ley del país donde sea extendido, ó

»por las leyes en vigor en aquella parte de los dominios de Su Majestad británica donde el testador tenía su domicilio de origen, ó

»por la ley del país donde la persona referida se hallaba domiciliada cuando hizo su testamento» (1).

En virtud de tal Acta, un inglés no sólo puede atenerse, por lo que concierne á la forma del testamento, á la regla del Derecho común *locus regit actum*, sino que puede también utilizar la ley del propio domicilio en el instante en que hace el testamento, y por consiguiente no podría éste ser anulado por la forma, aunque después el testador hubiese cambiado el domicilio que tenía cuando hizo su testamento, y la forma del mismo

(1) Hemos reproducido literalmente el art. 1.º del Acta de 1861, 24 y 25, Vict., cap. CXIV, con el fin de evitar toda equivocación referente al exacto concepto de la disposición mencionada. El Acta se refiere exclusivamente á la forma del testamento, que es la que reconoce la ley del domicilio de origen del testador.

no fuese reconocida como válida según la ley del domicilio que tenía en el momento de su muerte. De suerte que el testador puede atenerse en lo que respecta á la forma, á la ley vigente en cualquiera lugar de los dominios británicos donde tenía su domicilio de origen.

Dicey, aclarando la regla, sostiene que un ciudadano inglés nacido de padres canadienses y que, por consiguiente, tuviera allí su domicilio de origen, si se domiciliase después en Alemania y viajando hiciese su testamento en Italia, en el cual dispusiese de sus bienes muebles, podría atenerse respecto á la forma del acto, á la ley alemana *lex domicilii*, á la italiana *lex actus*, ó á la del Canadá *lex domicilii originis* (1).

1.533. Según la Ley federal suiza de 25 de Junio de 1891, se encuentra ampliada la regla *locus regit actum* con la disposición sancionada por el art. 24, que dice: «Las disposiciones de última voluntad, los pactos sucesorios y las donaciones *mortis causa*, son válidas, en cuanto á su forma, si ésta se ajusta á la ley del lugar donde el acto se ha realizado, ó á la del Cantón del domicilio en el momento del otorgamiento del mismo acto, ó á la del último domicilio, ó á la del Cantón de origen del difunto».

1.534. La variedad de las disposiciones del Derecho positivo relativas á la forma de los testamentos y las reglas sancionadas por los legisladores de los diversos Estados respecto á los testamentos hechos por los ciudadanos en país extranjero, ó á los otorgados por extranjeros y que deban ser ejecutados en el país donde se encuentren los bienes de que había dispuesto el testador, originan muchas controversias tocante al valor del acto de última voluntad, en el caso que deba ser eficaz y ejecutarse en un país que no forme parte del Estado donde el testamento ó la disposición testamentaria se hizo. No se puede, ciertamente, afirmar que toda controversia puede ser resuelta en virtud de la regla *locus regit actum*, la cual es comúnmente aceptada y considerada como norma de Derecho positivo internacio-

---

(1) Dicey, *Conflict of Law*, rule 182, pág. 692.

nal, y que dice así: que siempre que se trate de decidir acerca del valor de un documento, en lo que se refiere á su forma, debe ser reconocida la autoridad de la ley del país donde se ha otorgado dicho documento.

Los Tribunales han estimado que se puede aplicar la mencionada regla para resolver las controversias relativas á la forma del testamento, y sin preocuparse de nada más, han considerado válido el testamento, en cuanto á la forma se refiere, si como tal se tiene por la ley del país donde se ha hecho. Como consecuencia de esto, la Audiencia de Orleans decide en su sentencia de 4 de Agosto de 1859, que el testamento ológrafo hecho en Francia por un extranjero (un neerlandés), es válido conforme á la regla *locus regit actum*, aunque la ley del país del testador prohiba expresamente á los ciudadanos hacer testamento en país extranjero, á no ser por medio de un acto auténtico (1). La misma máxima, se encuentra expresamente establecida por el Tribunal Supremo francés en su sentencia de 25 de Agosto de 1847 (2).

Por lo que concierne al testamento hecho por un francés en país extranjero, se ha entendido generalmente que el francés pueda testar según las formas prescritas por la ley local. Por esto, la Audiencia de París, en su sentencia de 10 de Agosto de 1872, consideró válido el testamento hecho por un francés en país extranjero (California), con arreglo á las formalidades establecidas en el referido país (3).

La jurisprudencia francesa ha ido aun más allá en la aplicación de la mencionada regla, y considerando que el art. 968 del Código civil francés, que excluye el testamento mancomunado, se encuentra en la sección de las reglas generales sobre la forma de los testamentos, ha entendido que como la disposición se refiere á la forma del documento, debe sujetarse á la regla *locus regit actum*, y por consiguiente debe considerarse válido el testamento mancomunado (aunque prohibido por la ley francesa), si

(1) Orleans, 4 Agosto 1859. (*Journal du Pal.*, 1859, 1.040).
(2) Court de cass. 25 Agosto 1847. (*Journ. du Pal.*, 1847, II, p. 613).
(3) París 10 Agosto 1872. (*Journal du Pal.*, 1872, pág. 1.069).

está hecho por un francés en país extranjero donde la ley en vigor autorice hacer el testamento en esta forma (1) (a).

1.585. Una de las cuestiones más debatidas es la que se refiere al testamento ológrafo. Se ha discutido, en efecto, largamente si para decidir acerca de la eficacia de la disposición de última voluntad, hecha por medio de escritura privada, es necesario atenerse á la regla *locus regit actum*.

Los Tribunales italianos han entendido que la regla *locus regit actum* no puede aplicarse para considerar como válido el testamento ológrafo hecho por un extranjero en un país donde esta forma de testar sea reconocida por la ley, cuando, según la ley del país de que es ciudadano el testador, está prohibido expresamente hacer testamento en tal forma. Por consiguiente, teniendo presente la disposición sancionada por el art. 992 del Código civil holandés, que prohibe á sus nacionales testar en el extranjero bajo la forma ológrafa, los referidos Tribunales han declarado nulo el testamento hecho de dicho modo por un holandés en Bélgica, á pesar de que la ley belga admite esta clase de testamento (2).

Debemos advertir que nuestros Tribunales no se han fundado en la regla *locus regit actum,* sino en el motivo de que en la prohibición de testar en forma ológrafa, sancionada por la ley personal, se debe reconocer una limitación á la capacidad de testar, y de ahí que hayan considerado como nulo el testamento ológrafo de un holandés, en atención á la autoridad del estatuto personal limitativo de la capacidad.

---

(1) Confr. Court de Toulouse, 11 Mayo 1850. (*Journal du Pal.* 1851, I, pág. 556); Caen 22 Mayo 1850. (El mismo, 1851, II, pág. 142); Tribunal civil de la Seine 23 Diçiembre 1881. (*Journal de Dr. int. privé*, 1882, pág. 322), y la *nota* á Trib. reg. supr. de Cologne, 1.º Marzo 1881. (El mismo, pág. 361).

(*a*) Por el art. 669 del Código civil español, se dice lo siguiente: «No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.»

(2) Corte de apelac. de Génova, 4 Agosto 1891, Kendriks Oghop c. Formica (*Foro ital.*, 1892, p. 115) con notas de Fusinato; y Cass. de Turín, 12 Abril 1892 (*Monit. dei Trib. di Milano*, 1892, pág. 346).

La misma máxima se encuentra adoptada por los Tribunales de Bélgica, los cuales se han fundado en idénticos motivos (1) y han declarado nulo el testamento ológrafo hecho por un holandés, reconociendo en la prohibición sancionada por el Código holandés, en su art. 392, una limitación á la capacidad.

Los Tribunales ingleses, por el contrario, fundándose en los principios del Derecho inglés (que entiende, para todo aquello que concierne á la propiedad personal, que un testamento hecho por un extranjero debe considerarse como válido, siempre que por tal se tenga por la ley del país en que el difunto estaba domiciliado en el momento de su muerte), han considerado aplicable la regla *locus regit actum* para decidir acerca de la validez de un testamento bajo el aspecto de la forma, si la referida regla era aplicable según la ley del país donde el *de cujus* estaba domiciliado. Los principios que se refieren á esta materia, y que aclaran además la excepción sancionada por la Ley de 6 de Agosto de 1861, se amplían en la sentencia de la Corte de apelación inglesa de 13 de Febrero de 1884, en la causa Bloxam y Favre (2). Aplicando los principios sancionados por dicha ley (*Acte de Lord Kingsdown*) en el caso de un testamento hecho en el extranjero por un inglés, la Alta Corte de Justicia, con su sentencia de 25 de Enero de 1898, decidió que el testamento hecho en el mencionado caso y en forma ológrafa debe estimarse válido, si tal forma de testar estaba autorizada por la legislación del país donde el testamento se otorgó (3).

1.586. Los escritores, á su vez, han discutido vivamente acerca del valor del testamento hecho observando las formalidades requeridas por la ley local, y no todos están de acuerdo en admitir que deba ser aplicada en cualquier caso la regla *locus regit actum* para resolver la cuestión.

Muchos han creído ver en la controversia que se refiere á la forma ológrafa una cuestión de capacidad. Bouhier decía, en

(1) Tribunal civil de Bruselas, 21 Julio 1886 (*Journal de Droit int. privé*, 1887, pág. 495). Cour de Liège 18 Junio 1874. (Pasicrisie, 1874, pág. 301).

(2) Véase *Journal de Droit int. privé*, 1885, pág. 120.

(3) *Journal de Droit int. privé*, 1898, pág. 772.

efecto, que el testador capaz, en virtud de la ley de su país, de testar bajo la forma ológrafa, conservaba esta capacidad aun en los países donde se hallen en vigor los estatutos prohibitivos, y que recíprocamente, el testador incapaz, según su estatuto personal, de adoptar la forma ológrafa, no podía servirse de ella ni aun en los países donde tal forma de testamento estaba autorizada por la ley (1). Este concepto lo encontramos mantenido hasta en nuestros tiempos, y es recordado en las sentencias de los Tribunales italianos que citamos anteriormente.

En mayor número están aquellos que han sostenido que la cuestión debe ser resuelta aplicando la regla *locus regit actum*, y por consiguiente, que cualquiera que pudiese ser la disposición, á tenor de la ley personal del testador debe considerársele capaz ó incapaz de testar en forma ológrafa, según que esta forma sea ó no admitida por la ley del lugar donde el testamento haya sido escrito (2); esta es la máxima consagrada en las sentencias del Parlamento de París (3).

Entre los modernos, la cuestión ha sido vivamente discutida (4), y están en mayor número los que han sostenido que

(1) Bouhier, *Les costumes du Duché de Bourgogne avec les observations du president Bouhier*, pág. 28; cfr. Ricard, *Traité de la donation*, t. II, núm. 307.

(2) Furgole, *Testament.*, cap. II, sec. 2.ª, págs. 69 y 72; Pothier, *De la donation*, caps. I y II, § 1.º; Merlin, Rep., v.º *Testament.*, sec. 2.ª, § 4.º, art. 1.º

(3) De 10 Marzo 1620, 15 Enero 1721, 14 Julio 1722, 15 Julio 1777; confr. Laine, *Droit int. privé*, t. II, pág. 715 y siguiente.

(4) Véase Rocco, *Diritto civ. int.*, parte 3.ª, cap. VI; Lomonaco, *Trattato di Dir. civ. intern.*, pág. 186; Fusinato, *Nota alla sentenza della Corte d'apello di Genova* en el *Foro ital.*, 1892, pág. 116; Catellani, *Il Diritto internazionale priv.*, vol. II, *Successioni*, § 741 y siguiente; Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere*, págs. 393, 394 y 423; Laurent, *Droit civ. intern.*, vol. VI, núms. 415 y siguientes; Brocher, *Droit int. privé*, t. II, pág. 33 y siguientes; Duguit, *Des Conflicts de législation relatifs á la forme des actes civils*, pág. 40; Rolin Albéric, *Droit intern. privé*, tomo II, tít. XVIII; Weiss, *Traité de Dr. int. privé*, t. IV, página 619 y siguientes; Despagnet, *Dr. int. privé*, 3.ª edición, número 378; Renault, en la *Revue critique de legisl. et de jurispr.*, 1884, pág. 735; Asser et Rivier, *Dr. int. privé*, pág. 138; Surville et Arthuys, *Dr. int. privé*, § 193 y siguientes.

debe ser resuelta aplicando la regla *locus regit actum*. La ley que admite el testamento ológrafo, dice Demolombe, no puede ser considerada ni como real ni como personal. No es personal, porque no regula el estado ni la capacidad del testador; no dice si puede ó no hacer testamento, sino solamente en qué forma puede hacerlo. No es real, porque no tiene por objeto los bienes, ni su naturaleza, ni el modo de transmitirlos. Su único propósito es regular la forma del documento, y, por consecuencia, pertenece á la categoría de leyes de las que se dice *locus regit actum* (1).

1.527. Nosotros hemos combatido siempre la idea de que la controversia acerca del valor jurídico del testamento ológrafo pudiese ser resuelta por los principios que conciernen á la capacidad, siendo así que no se puede admitir que la disposición legislativa que autoriza ó no al testador para usar la forma ológrafa, tienda á atribuir ó limitar la capacidad de disponer (2). Como antes habíamos advertido, no nos parece que todo pueda caer bajo el imperio de la regla *locus regit actum*. Ya en la parte general, hicimos notar que al aplicar el adagio tan común relativo á la forma de los actos, se ha ingerido en la doctrina y en la jurisprudencia cierta confusión, ocasionada, sin duda, porque no se ha deslindado por completo el campo donde puede estar la regla *locus regit actum*. Todos se encuentran de acuerdo en admitir que la citada regla se refiere á la forma de los actos; pero cuando se trata de establecer el alcance de la misma en el Derecho positivo, y de determinar y precisar su autoridad frente á la sancionada por el Derecho territorial ó por el personal, considerando el valor jurídico del documento, no todos han procurado examinar atentamente si se trata de una verdadera y propia cuestión sobre la forma del documento, ó si, por el contrario, se refiere á los elementos requeridos según la ley para la subsisten-

(1) Demolombe, *Traité des donations et testaments*, tít. IV, número 483 y siguientes. Véase también Troplong, *Donat. et Testam.*, tomo III, núm. 1.736.

(2) Véase mi obra *Sulle dispos. generali ed interpret. delle leggi*, volumen II, § 788 y nota á *Sentenza della Corte di Lucca*, 23 Junio 1882 en el *Journ. de Dr. int. privé*, 1884, pág. 550.

cia del mismo; es decir, si se trata de su forma extrínseca, ó de su entidad sustancial y de la declaración formal de la voluntad, exigida por la ley para poderse admitir su validez legal y su fuerza jurídica como tal (1).

La confusión que se ha engendrado sobre este punto, tal vez dependa de que, cuando se ha tratado de sancionar la regla acerca de la forma de los negocios jurídicos, los legisladores no han procurado ser precisos en la expresión, determinando á punto fijo si entendían de este modo regular la declaración formal de la voluntad, ó sólo la forma extrínseca de la voluntad legalmente declarada. No es, pues, extraño que la falta de precisión en el lenguaje jurídico de los mismos legisladores haya ocasionado errores, interpretaciones torcidas y equivocaciones. Los legisladores han usado la palabra acto (*documento*) tal vez para expresar el *id quod actum est*, es decir, el hecho ó el negocio jurídico, y para dar á conocer además la forma externa con que debe verificarse la declaración de la voluntad para poder presentar la prueba; esto es, el *documento* como declaración formal y sustáncial de la voluntad y el *documento* como medio externo, idóneo para asegurar lo que fué realizado (2).

1.528. Conviene advertir que toda declaración de voluntad dirigida inmediatamente á hacer nacer ó á resolver una relación jurídica, puede estar subordinada, en lo que concierne á su eficacia jurídica como tal, á la observancia de una forma pres-

---

(1) Confr. Savigny, *Sistema del Diritto romano*, vol. III, §§ 114 y 130; Windscheid, *Trattato delle Pandette*, traduc. Fadda, §§ 70 del volumen I, parte 1.ª y 72; Völderndorff, *La forma dei negozi giuridici secondo i principi generali ed i diritti positivi (die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Gundsätzen und positiven Rechten)*.

(2) Nuestro legislador emplea indistintamente la palabra *acto* para designar la declaración de la voluntad capaz de hacer nacer relaciones jurídicas y para denotar el instrumento, es decir, la forma externa de la declaración de voluntad. En el art. 759 la palabra *acto* se emplea para determinar lo que es el testamento, y en el 774 se emplea para dar á conocer la forma instrumental del testamento. En el art. 1.314 encontramos la palabra *acto* en sus ambos sentidos: «El acto de renuncia debe ejecutarse por acto público». «El acto para constituir una renta debe realizarse por acto público».

crita positivamente, y designada como la única que sirve de expresión legal de la voluntad. Dado que se requiera una forma determinada para la declaración de la voluntad, nos parece claro que el *querer* capaz de hacer nacer ó de resolver la expresada relación jurídica, no puede subsistir más que subordinadamente á la observancia de aquella formalidad positiva prescrita.

Diremos más adelante á quién debe ser atribuída la competencia legislativa, respecto de lo que se refiere á la declaración formal de la voluntad. Ahora queremos tan sólo aclarar nuestro concepto, y advertimos que lo que se relaciona con la declaración formal de la voluntad, no puede confundirse con lo referente á las formas extrínsecas ó instrumentales, que pueden ser exigidas para asegurar la expresión ó la manifestación de la voluntad misma, es decir, el conjunto de las formas extrínsecas por medio de las cuales el negocio jurídico puede considerarse expresado, asegurado y probado.

La distinción que hemos hecho nos parece indispensable para determinar el campo de la regla *locus regit actum* frente á la ley que debe desplegar su autoridad para regular la declaración formal de la disposición de última voluntad.

Por referirnos á un sistema de Derecho positivo, nos ocupamos de lo que dispone el legislador italiano. Este, después de establecer en el art. 720 que la sucesión se realiza por la ley ó por testamento, y de haber dispuesto que ha lugar á la sucesión legítima cuando falta en todo ó en parte la testamentaria, da la noción jurídica del testamento en el art. 759, y dice: «El testamento es un acto revocable, por cuyo medio una persona, según las reglas establecidas por la ley, dispone para después de su muerte de todo su patrimonio ó de parte de él en favor de una ó de más personas» (*a*).

El art. 774 dice: «La ley reconoce dos formas ordinarias de

(*a*) El Código español define el testamento en el art. 667 con estas palabras: El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

La nota de la revocabilidad, se contiene en el art. 737, que viene á completar el concepto del testamento.

testamento; el testamento ológrafo y el testamento ante Notario (ó testamento público)».

En los artículos siguientes, el legislador determina la forma instrumental del testamento privado y del testamento público.

En el título preliminar, después de haber establecido que las sucesiones legítima y testamentaria se regulan por la ley de la persona de cuya herencia se trate (art. 8.°), dispone que las formas extrínsecas de los actos de última voluntad están determinadas por la ley del lugar en que se ejecutan (1).

1.529. Teniendo ahora presentes las señaladas disposiciones, ¿qué es lo que puede entenderse comprendido en la regla *locus regit actum* que nuestro legislador expresamente reconoce en la disposición sancionada en el art. 9.°? ¿Es posible entender que en virtud de la regla *locus regit actum* se pueda considerar bastante que la declaración de la voluntad se haya hecho en la forma reconocida por la ley local? ¿Será válido el testamento verbal ó nuncupativo hecho por un italiano en un país donde, según la ley, la declaración de última voluntad consignada en tal forma, se reconozca como eficaz?

Buzzati, sosteniendo la más amplia aplicación de la regla *locus regit actum*, admite que el testamento verbal debe considerarse como válido si la declaración de voluntad se ha expresado en tal forma, en un país en que se reconozca la eficacia de un testamento hecho verbalmente (2). Weiss sostiene la misma opinión, y se funda en que el art. 999 del Código civil francés no excluye la aplicación de la regla *locus regit actum*, y por consiguiente, tampoco excluye el valor del testamento nuncupativo ó verbal, si tal forma se admite por la ley del país donde un francés haya hecho su testamento (3).

También Surville y Athuys (4) la sostienen, y no nos ocupamos de otros.

A nosotros, por el contrario, nos parece que no se puede

---

(1) Art. 9.° del título preliminar.

(2) Buzzati, op. cit., págs. 400 y 401.

(3) Weiss, *Traité*, tomo IV, pág. 623.

(4) *Droit int. privé*. 3.ª edición, § 193.

admitir. Y he aquí las razones en que fundamos nuestro convencimiento:

Puesto que en el sistema aceptado por la legislación italiana la sucesión debe regularse, en todo aquello que concierne á la esencia de la disposición de última voluntad, por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, y que tal ley debe regular la distribución legítima de la herencia, el orden de suceder y la medida de los derechos sucesorios:

Estimando, por consiguiente, que se debe, según tal ley, establecer y decidir si se está en el caso de dar la preferencia á la sucesión legítima ó á la testamentaria:

Considerando que las disposiciones generales acerca de la aplicación de las leyes tal como se encuentran establecidas por nuestro legislador, conciernen igualmente á la sucesión del extranjero, siempre que para la distribución de su herencia sean competentes los Tribunales italianos, y á la sucesión de un italiano muerto en el extranjero, ó que allí haya hecho testamento:

Considerando, además, que, respecto al *de cujus* italiano, no puede tener lugar la sucesión legítima, más que cuando falte la testamentaria, y no se puede admitir que haya lugar á la sucesión testamentaria más que en el caso de existir un testamento eficaz é idóneo, según la ley, de producir sus efectos jurídicos, teniendo presente todo esto, preguntamos: ya que la ley que ha de gobernar el derecho hereditario debe ser única, ¿se puede admitir autoridad en la ley extranjera para decidir si existe ó no testamento, es decir, una declaración de voluntad eficaz que pueda dar lugar á la sucesión testamentaria?

La cuestión de la subsistencia del documento, es decir, la declaración de la voluntad legalmente eficaz para producir efectos jurídicos en presencia de la ley, ¿es una cuestión de forma extrínseca?

1.540. En general, es necesario admitir que, con el fin de que un asunto jurídico se encuentre en condiciones de producir aquella clase de relaciones jurídicas á que tiende, debe tener los requisitos exigidos por el Derecho positivo, al cual este asunto deba someterse para su existencia y eficacia legales. Si tiene tales requisitos, es un negocio jurídico válido; si le falta uno, no

se le puede considerar con validez, sino que, por el contrario, debe tenerse por nulo. La declaración de voluntad hecha por una persona á la cual atribuye la ley capacidad para hacer testamento, es indudablemente el hecho jurídico indispensable para que se originen todas aquellas relaciones que se derivan de la sucesión testamentaria. La capacidad es sin duda el principal requisito para la existencia y para la eficacia legal de la voluntad declarada. Si el legislador prescribe, al que tiene capacidad para testar, una forma determinada como necesaria para la eficacia de la declaración de la voluntad, nos parece claro que el observar la forma positiva prescrita, como la única que sirve para la expresión de la voluntad, debe ser reconocida también como un requisito necesario para la validez de la declaración misma.

Sentado esto, y teniendo en cuenta que todas las relaciones que se derivan de la sucesión, deben someterse á la ley que ha de regularlas, es para nosotros evidente que siempre que la referida ley prescriba una forma determinada para la declaración de la voluntad idónea á fin de dar el ser á un testamento, la forma así prescrita, debe considerarse como uno de los requisitos legales de la declaración misma, de suerte que sea la única que valga como manifestación legal de la voluntad.

Nosotros, pues, establecemos la regla de que la propia ley que ha de regular las sucesiones legítima y testamentaria, y la intrínseca validez y esencia de las disposiciones de última voluntad, debe ser aplicada para decidir acerca de la existencia formal de la disposición misma. Por consiguiente, en el sistema de la legislación italiana, en que la intrínseca validez de la disposición testamentaria debe regularse por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata, se debe decidir, conforme con la misma ley, la cuestión de si existe ó no un testamento, y si la declaración formal de última voluntad hecha por el testador, tiene ó no los requisitos necesarios, según la ley nacional, para poder ser considerada como testamento.

Esta regla no puede ser modificada por el principio comúnmente aceptado, *locus regit actum*, supuesto que éste concierne solamente á *las formas extrínsecas*, es decir, á todo medio exte-

rior por el cual la formal declaración de la voluntad pueda ser legalmente alegada y probada.

1.541. Aplicando estos principios, decimos, á modo de ejemplo, que si se tratase de regular en Italia la sucesión de un francés, y se intentase dar cabida á la sucesión testamentaria en virtud del testamento hecho por el *de cujus* en país extranjero, no se podría, ciertamente, considerar eficaz la disposición de última voluntad hecha por él verbalmente en un país en que tal forma de testar fuese reconocida. Teniendo los Jueces italianos que decidir con arreglo á la ley nacional del *de cujus* si existe ó no testamento, y si la disposición de última voluntad puede ó no tener valor jurídico como tal, habrían naturalmente de referirse al Código civil francés. Pues bien, según la disposición sancionada en el art. 969, el legislador francés establece que el testamento puede ser ológrafo, por documento público ó en la forma mística. Tal disposición no concierne, ciertamente, á la forma externa del acto, sino que se refiere á la formal declaración de última voluntad que el legislador francés requiere para la eficacia jurídica de la disposición misma. Establece que la declaración de última voluntad capaz de dar ser á un testamento, debe hacerse por escrito, bien bajo la forma de acto privado (ológrafo), bien bajo la de acto público ó bien bajo la de acto místico. Nos parece, pues, natural que la declaración de última voluntad hecha de otro modo no pueda considerarse como testamento según el Código civil francés (1), ni pudiera llegar á serlo en virtud de lo que el legislador italiano establece en el art. 9.° de las disposiciones generales.

El mencionado artículo sanciona la regla *locus regit actum*. Nuestro legislador, no obstante, dice: *Las formas extrínsecas* de los actos de última voluntad se determinan por la ley del lugar donde están hechos. Aun admitiendo que dicha regla no esté rectificada por la máxima sancionada por el legislador francés en el art. 999, sino que por el contrario sea confirmada, como sostiene Weiss, esto puede conducir solamente á la consecuen-

---

(1) Confr. Trib. civ. de Lyon (*Journal de Droit. int. privé*, 1887, página 149).

cia de reputar como testamento la declaración de voluntad hecha por un francés, por medio de documento escrito ó en forma privada, ó por acto público ó por la forma mística, siempre que en la *redacción* del documento se hayan observado las formas requeridas por la ley del lugar donde el francés hiciese la declaración de última voluntad.

Por consiguiente, no se podría desconocer el carácter del documento público á pesar de que la declaración de última voluntad no se hubiera hecho ante Notario, sino ante la autoridad judicial ó administrativa, ó ante la persona competente según la ley local, para atribuir al acto el carácter de autenticidad ó de publicidad. Admitamos también, que siempre que el testamento de un francés otorgado en el extranjero, se ha redactado en forma solemne, según la ley y los usos del país en que se hizo, no puede ser contradicho el carácter de publicidad requerido para la formal declaración de última voluntad, según la ley francesa, sólo porque no se hayan guardado cuantos requisitos prescribe la citada ley para la forma extrínseca de estos actos.

Por la misma razón, suponiendo que según la ley local no pueda ser impugnada la solemnidad del documento, no debe discutirse el carácter de publicidad, si la declaración de última voluntad se ha hecho ante un oficial incompetente según la ley francesa, ó en presencia de un solo testigo, ó si han intervenido en la confección del documento personas incapaces de ejercitar las funciones de testigos según la referida ley.

Se debería, por lo dicho, aplicar siempre la ley local, no sólo para decidir lo relativo al número de testigos requeridos para el testamento público, sino también para resolver quiénes pueden ser testigos. No podría invocarse el estatuto personal de aquel que haya intervenido como testigo, porque no se trata de nada que afecte á su capacidad personal, sino de lo referente á la redacción del documento. La presencia de los testigos forma parte, en efecto, de las solemnidades extrínsecas del testamento público, y debe considerarse sometida al propio derecho local á que lo está el asunto jurídico bajo tal aspecto. La capacidad ó incapacidad de los testigos, según la ley personal de los mismos, no cambiaría la esencia de la cosa; supuesto que las condiciones á

que debe hallarse subordinada la idoneidad del testigo que toma parte en la confección del testamento público, han de encontrarse en todo sometidas á la ley que regule las formas requeridas para la autenticidad del mismo.

De aquí se sigue, que aunque el legislador italiano, por ejemplo, disponga que el testigo debe ser mayor de veintiún años, no por eso si un italiano hiciese testamento público en el Perú, donde según la ley puede ser testigo toda persona de sexo masculino, ya sea ciudadano, ya extranjero, con tal de que haya cumplido los dieciocho años (1), y suponiendo que hubiese intervenido en la confección del documento un italiano que tuviera dieciocho años de edad, se podría impugnar la validez del testamento en lo que se refiere á la forma, alegando que según la ley italiana, el ciudadano de dieciocho años no puede ser testigo.

Se debe admitir que todo lo que concierne á la forma extrínseca instrumental, debe caer bajo el imperio de la ley *locus regit actum* (2).

De igual modo deberá considerarse válido el testamento místico hecho por un francés en el extranjero, con arreglo á las formalidades exigidas por las leyes del país de su residencia, aunque no estén de acuerdo con las requeridas por el Código francés. El Juez italiano no podría desconocer el valor jurídico de tal acto, porque en virtud de la regla *locus regit actum*, sancionada por el patrio legislador en el art. 9.°, tratándose en el presente caso de las formas extrínsecas de la disposición de última voluntad, el Juez debería atenerse al derecho local.

1.542. Una grave duda podría nacer á propósito del testamento ológrafo hecho por un italiano ó por un francés en un

---

(1) Arts. 682 y 683 del Código civil.

(2) Confr. Pau, 26 Julio 1853; París, 19 Abril 1853 (*Journ. du Pal.*, 1854, I, pág. 181); Cass. req. 19 Agosto 1858. (El mismo, 1859, pág. 64). La jurisprudencia está de acuerdo en admitir: «Que el testamento hecho por un francés en país extranjero puede considerarse auténtico, según el art. 999 del Código de Napoleón, si se ha redactado en la forma solemne usada en el país». Cass. Turín, 13 Septiembre de 1870 (*Monit. Trib. di Milano*, tomo XI, pág. 1.050); Audiencia de Palermo, 25 Mayo 1887 (*Circ. giur.*, pág. 109).

país en que, según la ley, el documento se repute válido, siempre que se halle escrito y firmado de mano del testador, por más que no se haya fechado, como ocurre á tenor de la ley del Cantón de los Grisones.

Los Tribunales de Italia se han ocupado de esta cuestión con motivo de la muerte de un italiano en el Cantón de los Grisones, que había instituído heredero á su hermano, mediante un testamento ológrafo no fechado. La Corte de casación de Turín, juzgando la litis pendencia propuesta, decidió que el testamento debía considerarse válido, según la regla *locus regit actum* y en virtud de la máxima sancionada por el legislador italiano en el art. 9.°. La Corte tuvo en cuenta que el legislador italiano no prohibe á los ciudadanos testar, observando en lo que se refiere á las formas extrínsecas del documento las disposiciones de la ley del lugar donde se hace el testamento; y considerando que la fecha del testamento ológrafo debe estar comprendida entre las formalidades extrínsecas y sujeta por tanto al imperio de la ley local, decidió que el testamento ológrafo falto de fecha, que haga un italiano en el territorio de un Estado, donde según la ley deba ser considerado como válido, será igualmente tenido por legal en Italia (1).

A nuestro parecer, la fecha requerida por el legislador italiano para el valor jurídico del testamento ológrafo, no puede estimarse como una formalidad extrínseca, si se tiene presente que en el art. 804 el legislador prescribe expresamente que la disposición de última voluntad no es testamento, aunque esté escrita por completo y firmada de mano del testador, si no se ha puesto en ella la fecha; y si se considera además que el legislador, en la Ley transitoria de 30 de Noviembre de 1865, dispuso que los testamentos por documento privado, hechos conforme á las leyes anteriores á la promulgación del nuevo Código y válidos según la ley vigente en el tiempo en que se hicieron, no podían producir efecto alguno en el caso de que la sucesión se hubiese abierto dos

(1) Cass. Torino, 31 Mayo 1881, en la causa Lampugnani (*Monit. Trib. di Milano*, 1881, pág. 673); Corte di Lucca, 23 Junio 1882 (*Ann. della Giur.*, 1882, pág. 409).

meses después de hallarse en vigor el Código civil, y no hubiesen sido escritos, fechados y firmados de mano del testador (1). Nos parece, pues, que la declaración de última voluntad hecha por un italiano mediante acto privado, no puede considerarse eficaz y valedera como testamento, si falta alguno de los elementos formales requeridos por la ley para atribuir á la declaración de voluntad consignada en escritura privada, su fuerza jurídica como testamento.

Admitimos como regla, que un italiano que quiera hacer testamento en el extranjero mediante acto privado, puede hacerlo observando las formas prescritas por la ley local, siempre que dicha ley considere como testamento privado el escrito por un tercero, fechado y firmado por el testador en presencia de dos testigos; el testamento hecho en tales condiciones puede ser tenido por eficaz. Admitimos después que, cuando por la ley de un país cualquiera se consintiese al ciudadano del mismo hacer testamento en el extranjero, ya por medio de documento público, ya valiéndose del privado, supuesto que el referido extranjero, encontrándose en Italia, quisiera testar bajo la forma ológrafa, el testamento que hiciese debería ser considerado eficaz si las condiciones prescritas por la ley italiana se habían observado, y no sería del caso impugnar su validez, aunque se hubiere faltado á las formalidades impuestas por la ley extranjera (2).

Cuando ocurra que el documento se haya hecho en un país dado, y de las circunstancias resulte que el autor del mismo haya observado ciertas y determinadas formas en su redacción, por su deliberado propósito de referirse á la ley local, no puede dudarse de que la regla *locus regit actum* debe ser aplicada, y de que se puede sostener, por consiguiente, la validez del testamento redactado en la forma prescrita por la ley local. Este deliberado propósito de referirse á la ley local, debe admitirse sin género alguno de duda en el caso del testamento escrito por un tercero según la ley local, y fechado.

Respecto al testamento ológrafo sin fecha, la solución no

(1) Art. 23 de la citada ley.

(2) Confróntese Tribunal de la Seine, 21 Junio 1883. Veuve Duloup c. Duloup. (*Journal. du Pal.*, pág. 405).

nos parece tan clara y quedamos en la duda. No nos sentimos inclinados á admitir de un modo tan general, que el documento escrito por entero de mano de un italiano y por él firmado y no fechado, pueda tenerse por válido en virtud de la regla *locus regit actum,* puesto que para sostener la validez del tal testamento, refiriéndose á la ley del lugar donde se aduzca estar hecho, y eliminar la violación de la voluntad misma del disponente. sería indispensable poder asegurar que el documento se había redactado en el país á cuya ley se piense someterle, y que el disponente había creído referirse á la ley local, redactándolo tal como ésta prescribe, y no se puede decir ciertamente que todo esto se deduzca siempre de las circunstancias. Sería preciso poder dar siempre la prueba de una y otra cosa. Si todo esto se pudiese establecer con certeza, se podría admitir que para proteger la buena fe del disponente y respetar el acto de su última voluntad, expresado con las formalidades requeridas por la ley del país en el cual se redactó dicho acto y á la cual quiso referirse, podría reputarse válido y eficaz el testamento en virtud del principio *locus regit actum.*

Faltando tal prueba cierta, no se puede excluir la más natural presunción de que el disponente creyó referirse á su ley nacional, y no se podría eliminar el supuesto de que sabiendo él que según la ley de su patria la fecha era indispensable para atribuir á su escrito carácter y naturaleza de testamento, y que mientras no hubiese fijado su última voluntad de un modo definitivo, no hubiera fechado lo escrito y firmado por él, lo consideraba como un proyecto, y se reservaba fecharlo cuando su última voluntad estuviese por completo decidida. Todos comprenden que de dar una aplicación demasiado extensa á la regla *locus regit actum*, se llegaría á la violación de la buena fe del disponente y á la alteración sustancial de su última voluntad.

Supongamos, por ejemplo, que un italiano se establezca en el Cantón de los Grisones, y que al morir se encuentre entre sus papeles un escrito redactado por él, pero no fechado; ¿se podría, por fortuna, sostener con fundamento que aquel documento no fechado fuese su testamento? Nosotros lo dudamos mucho.

En el testamento ológrafo redactado sin intervención de testigos, la fecha no nos parece que pueda considerarse como una formalidad extrínseca. Más bien debe tenerse por necesaria para conocer á ciencia cierta cuándo fué redactado el acto, y averiguar si en el momento en que se redactó, el testador tenía ó no capacidad legal para testar, y para saber además si hubo algo que pudiera violentar su voluntad ó ejercer influencia para alterar su contenido. No es menos necesaria la fecha para poder determinar, en el caso de que existiesen varios testamentos, cuál debe considerarse el último y, por consiguiente, el válido. Y por esto, los legisladores más sabios y prudentes, al conceder la facultad de disponer con forma ológrafa, han exigido como condición *sine qua non* para su validez, que el documento esté fechado; y la jurisprudencia y la doctrina se hallan de acuerdo al considerar que la falsedad de la fecha equivale á la falta de la misma, cosa que implica, por consiguiente, la nulidad del acto (1) (*a*).

Hemos creído necesario decir todo lo que queda expuesto, porque no nos parece aceptable la máxima establecida de un modo tan general por la Corte de casación de Turín.

1.542. Hay casos en que admitimos, sin duda alguna, que la regla *locus regit actum* puede ser aplicada para decidir la fecha, y así sucede con el testamento ológrafo hecho por un ciudadano griego en Italia, cuando esté escrito y firmado por el testador y fechado con arreglo al cómputo del calendario gregoriano.

Según las leyes griegas, para la validez del testamento oló-

(1) Aubry et Rau sur Zachariae, tomo VII, pág. 103; Demolombe, tomo XXI, núms. 87 y siguientes; Laurent, tomo XIII, núms. 201 y siguientes; Casac. franc., 31 de Enero de 1859, 20 de Febrero 1860, 31 de Julio de 1860, 11 de Mayo de 1864 (Sirey, 1859, I, 337; 1860, I, 769; 1864, I, 233).

(*a*) Lo mismo dispuso el legislador español en el art. 688 del Código civil, habiéndose ya formado una interesante jurisprudencia sobre su interpretación en los varios casos que el Tribunal Supremo ha resuelto en casación. Entre las sentencias más importantes por sus pronunciamientos aclaratorios, se registra la de 4 de Abril de 1895, que declaró que la expresión del año, mes y día en que el testamento se otorgue, puede hacerse en cualquier orden y forma.

grafo se requiere que el acto de última voluntad esté fechado conforme al cómputo de los calendarios juliano y gregoriano. Si en el testamento hecho en territorio italiano se indica la fecha según dispone la ley local, nos encontraremos evidentemente en un caso en el cual, con arreglo al principio *locus regit actum*, no puede considerarse el acto como falto de fecha, si se expresó en la forma extrínseca determinada por la ley del país donde fué redactado (1).

También debe considerarse como una disposición relativa á la forma extrínseca del testamento ológrafo aquella en que la fecha resulte del pliego en el que está escrito el testamento. La legislación española, por ejemplo, dispone en el art. 688 que el testamento ológrafo debe ser escrito en papel sellado, que tenga el timbre correspondiente al año en que se haya otorgado. Nos parece claro que una disposición de esta naturaleza no puede considerarse como condición esencial (*a*). Es verdad que la legislación española exige esta circunstancia, porque no atribuye la facultad de testar en la forma ológrafa más que al mayor de edad, negándola al menor de catorce años, el cual sólo puede hacer testamento en virtud de un acto público, y por eso ha impuesto el uso del papel sellado, como prueba documental del año en que se extendió el testamento. Nos parece, pues, claro que, tratándose de forma documental, sea aplicable la regla *locus regit actum* para considerar válido el testamento escrito en un pliego sin timbrar. Esto resulta de la disposición sancionada por el art. 732 del Código español, pero se deduce también de los principios que hemos expuesto (*b*). Todo esto no modificaría

---

(1) Confr. la sentencia de la Corte de Lucca de 23 de Junio 1882 (*Annali della Giurispr. ital.*, 1882, parte 3.ª, pág. 408; *Journ. de Dr. int. privé*, 1884, pág. 548).

(*a*) Habiéndose suprimido del papel sellado que se usa en España la expresión del año, el Parlamento va á discutir en estos días un proyecto de ley alterando en esta parte el requisito del art. 688, que exigía que el papel fuese del año del otorgamiento.

(*b*) Este artículo aquí invocado, dispone que los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país donde se hallen, y hacer testamento

la regla sancionada en tal legislación acerca de la capacidad requerida para testar en la forma ológrafa; y realmente, el testamento ológrafo hecho por un español menor de edad, no podría considerarse como válido en virtud de la regla *locus regit actum*, teniendo en cuenta que la capacidad, como requisito esencial para la válida declaración de la voluntad, debe ser regulada por la ley nacional del disponente.

1.544. El razonamiento que hemos hecho debe servirnos para establecer que, en el caso de que un francés haga testamento ológrafo, pero sin fecha, en un país en que la ley no la exija para la validez del acto, los Tribunales italianos que fuesen llamados á decidir sobre el valor de tal documento, ateniéndose á la legislación francesa, deberían declarar nulo el testamento, en conformidad con la disposición sancionada por el legislador francés en el art. 999 del Código civil, y no podrían fundarse en el precepto legal contenido en el art. 9.° del Código italiano, ni en la doctrina establecida por la Corte de casación de Turín, para sostener la validez de dicho testamento. Los expresados Tribunales deberían aplicar la ley por que se regule la sucesión, ó sea la ley francesa (1). Aquel legislador elimina toda duda, mediante la disposición del art. 999, según el cual un francés que se encuentre en país extranjero puede hacer testamento por documento privado ateniéndose á cuanto se prescribe en el art. 970, que requiere la fecha, además de que se halle escrito y firmado de mano del testador, como condición taxativa para la validez del testamento ológrafo.

1.545. De todo lo expuesto se desprende que en las cuestiones relativas á la forma del testamento conviene distinguir con esmero las que se refieren á las condiciones intrínsecas requeridas para que la declaración de la voluntad tenga su fuerza jurídica como tal, y las que hacen relación á las formas extrínsecas para la manifestación de la voluntad del disponente y los medios idóneos para asegurar lo que se ha hecho.

---

ológrafo sin el requisito del papel sellado, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

(1) Véase Trib. civ. de Lyon, citado.

Respecto á las cuestiones de la primera categoría, es indispensable referirse á la ley que debe regular la sucesión y la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias. Por consiguiente, en el sistema aceptado por el legislador italiano, que reconoce en este particular la autoridad de la ley nacional del *de cujus*, es preciso referirse á la del mismo para decidir si existe ó no el testamento, es decir, si subsiste ó no la formal declaración de la voluntad prescrita por la ley misma, á fin de que el documento pueda tener su fuerza jurídica como tal. Todo esto, á nuestro modo de ver, no se puede considerar en el campo de la regla *locus regit actum.*

Para resolver las controversias que conciernen verdadera y propiamente á la forma externa de la manifestación de la voluntad, ó sea á las formalidades requeridas para la redacción del documento, ó para asegurar lo que se hizo, conviene atenerse á la ley del lugar donde se verificó y aplicar la regla *locus regit actum.*

Con el fin de hacer más claro por medio de ejemplos el concepto que hemos expuesto, advirtamos que el destino de una herencia se determina por la última voluntad de su causante (*suprema*, *última voluntas*); ahora bien, si la ley nacional del *de cujus* requiriere que el testador verificase la declaración de voluntad por documento escrito, privado ó público, como la escritura sería evidentemente una condición intrínseca, según la ley nacional del *de cujus*, para que semejante declaración de voluntad pudiese tener la fuerza jurídica del testamento, entendemos que no se podría admitir en virtud de la regla *locus regit actum* la formal expresión de la voluntad hecha de un modo diverso.

Caería, por el contrario, bajo la regla *locus regit actum* la manifestación extrínseca de la voluntad, y debería considerarse suficiente que el documento escrito estuviese conforme y fuese redactado, con arreglo á la ley vigente, en el lugar donde se hubiera efectuado. Así también, si según las leyes patrias se requiriese que el testamento por documento privado se depositara en manos de un tercero, y el testador lo hubiese hecho en un país donde no se requiriera el depósito voluntario, debería

aplicarse la regla *locus regit actum* para las consecuencias de tal omisión (1).

Debería aplicarse la misma regla para sostener la validez del testamento hecho por documento privado, observando la ley local, la cual permite que se escriba por un tercero, siempre que lo firme el testador en presencia de dos testigos después de haber declarado que lo escrito y redactado por el tercero es su testamento.

Lo mismo decimos respecto de todas las formas extrínsecas suficientes para atribuir al documento caracteres de solemnidad y publicidad. Con razón, pues, la Corte de casación francesa consideró auténtico el testamento hecho en Jerusalén por un israelita argelino, que observó las formas usadas en aquella ciudad haciendo la declaración de última voluntad ante dos testigos, los cuales, después de haber recogido y escrito las disposiciones del

---

(1) Según la ley italiana, el testamento ológrafo debe ser depositado solamente para obtener su ejecución, y el legislador dispone que el depósito debe verificarse en manos de un Notario del lugar en que se abra la sucesión (arts. 912 y siguientes; confróntese el artículo 1.007 del Código civil francés). Si muriese un italiano en país extranjero, el depósito debe considerarse siempre como indispensable para que el testamento pueda ejecutarse en Italia. Tales formalidades son requeridas, en efecto, para dar publicidad al testamento hecho por documento privado. El depósito podría hacerse ante el Cónsul italiano á instancia de cualquiera que se crea interesado (art. 49 de la ley consular italiana). A falta del Cónsul italiano en el país en que sobrevenga el fallecimiento, el depósito podrá hacerse en el lugar que fué el último domicilio del muerto en Italia, si allí debiera considerarse abierta la sucesión. Si la sucesión se hubiese abierto en el país extranjero, convendría atenerse á la ley local, cumpliendo las formalidades establecidas por el legislador extranjero para la publicación del testamento ológrafo, y dado que las formalidades requeridas por dicha ley para la ejecución del testamento por documento privado se hayan observado, se deberá considerar también como cumplida la formalidad de la publicación en fuerza de la ley *locus regit actum*. Las formas extrínsecas, para dar publicidad al testamento, para la redacción del proceso verbal y para la observación de las otras formalidades, según los casos prescritos con respecto á la publicidad de testamento, deberán someterse á la ley local.

testador, presentaron lo escrito á su instancia al tribunal de rabinos, que lo declaró testamento válido y auténtico (1).

No está, ciertamente, conforme nuestro modo de ver con el de la mayoría, que tiende á ampliar el alcánce de la regla *locus regit actum*, pero nos encontramos de acuerdo con Laurent.

1.546. Ahora vamos á examinar el caso en el cual por la ley nacional se prescriba taxativamente la forma de la autenticidad para el testamento hecho en país extranjero.

Es natural que, para ser consecuentes, debemos nosotros admitir que siempre que, según las leyes nacionales reguladoras de la sucesión, se disponga expresamente que el ciudadano no pueda hacer testamento en el extranjero, más que por documento auténtico, la regla *locus regit actum* podría ser solamente aplicada para sostener la validez de la disposición de última voluntad hecha por el ciudanano en el extranjero por medio de documento público y observando las formas requeridas por las leyes del país donde el acto se hubiese verificado, pero no ya para sostener la validez del testamento del *de cujus* otorgado por él mediante documento privado. A la declaración de voluntad que se hiciere sin las formas requeridas para el documento público,

(1) Cass., 19 Agosto 1858 (*Journal du Palais*, 1859, pág. 64).

Respecto á este punto, debe considerarse ya establecida la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de que para decidir si el acto en una determinada forma tiene ó no el carácter de autenticidad ó publicidad, es preciso referirse á la ley vigente en el país donde se haya otorgado, y de que no pueda servir de obstáculo para reconocer la autenticidad de aquél aun en la patria del testador, el que las formas taxativamente prescritas por la ley patria para la autenticidad no se hayan observado. Ha podido, por consiguiente, considerarse auténtico, con razón, el testamento hecho en Hungría ante un Juez de los nobles asistido por un asesor jurado. (Casación francesa, 30 Noviembre 1831; *Journal du Palais*, 1831-32, pág. 379).

Confr. Ap. Napoli 7 Julio 1871; *La Legge*, II, 1, pág. 694; Cass. Napoli, 14 Enero 1886 (*Gazz. del Proc.*, XX, pág. 475); Laurent, *Principes de Droit civil franc.*, tomo XIII, núm. 151, y *Droit civ. int.*, tomo VI, núm. 408; Despagnet, op. cit., núm. 378; Weiss, *Traité de Dr. int. privé*, tomo IV, pág. 622, al cual se ha recurrido por el autor para la jurisprudencia y la bibliografía; Antoine, *De la succession*, número 109 y siguiente; Buzzati, op. cit., pág. 389 y siguientes.

faltaría en efecto el carácter y la fuerza jurídica del testamento.

Como hemos dicho antes, los Códigos de algunos países prescriben taxativamente la forma en que los ciudadanos pueden hacer testamento en país extranjero. Y así, á modo de ejemplo sucede en el Código portugués que, en el art. 1.961, dispone expresamente que «los testamentos hechos por ciudadanos portugueses en país extranjero producirán sus efectos legales en el reino, si han sido redactados por documento público y en conformidad con las leyes del país donde se hubiesen hecho».

Más precisa y taxativa es aún la disposición del Código neerlandés, que dice: «Un neerlandés que se encontrase en país extranjero no podrá hacer testamento más que por medio de documento auténtico, observando las formas usadas en el país en que se otorgue».

Entre los escritores se ha suscitado naturalmente la cuestión de si en virtud de la regla *locus regit actum* un holandés puede hacer su testamento ateniéndose á la ley vigente en el país donde se otorgue, y si, por consiguiente, puede testar bajo la forma ológrafa, ó por documento privado, y por lo menos, si el testamento hecho en la forma prescrita por la ley local, se consideraría válido, en la hipótesis de que el legislador de aquel país hubiese sancionado la regla como lo hace el legislador italiano en el art. 9.°, esto es, que las formas extrínsecas de los actos de última voluntad se determinan por la ley del lugar en que tienen efecto.

Nosotros hemos estudiado anteriormente esta cuestión y formulado nuestra opinión del modo siguiente:

«En el caso de que la ley nacional del extranjero le prohibiese » expresamente hacer el testamento fuera de su país en forma » ológrafa, se debería, sin duda, considerar tal ley como una li» mitación de la regla *locus regit actum*; por lo cual, como los » ciudadanos no pueden sustraerse en ninguna parte al imperio » de su ley nacional, debería admitirse que no pueden éstos in» vocar la aplicación de nuestra ley que permite testar en forma » ológrafa, porque á ello obstaría la prohibición expresa de su » ley nacional.»

«El testamento ológrafo hecho por un holandés en Italia

» deberá ser declarado ineficaz aun para regular su sucesión » abierta en nuestro país. Resulta, pues, claro que se invocaría en » vano la aplicación de la regla *locus regit actum*, cuando por » expresa disposición de la ley nacional del testador fuese san» cionada la limitación de tal regla» (1).

Es muy natural que teniendo presente el orden de ideas expuesto anteriormente, debamos mantener con mayor firmeza nuestra opinión, que ha sido aceptada por la jurisprudencia (2).

Conviene repetir que los requisitos intrínsecos requeridos para la declaración legal de la voluntad eficaz para dar vida á un negocio jurídico, deben quedar bajo el imperio de la ley competente para regular el asunto mismo. En el sistema italiano, que reconoce la autoridad de la ley nacional del *de cujus* en todo aquello que concierne á regular su sucesión, nos parece evidente que la competencia legislativa para determinar cuándo puede ó no subsistir la declaración de la voluntad idónea legalmente para dar lugar á la sucesión testamentaria, debe atribuirse á aquel legislador á quien competa la potestad de regular la sucesión.

1.547. Algunos han creído contradecir nuestra opinión combatiendo una supuesta argumentación, que no es ciertamente la en que nosotros nos fundamos para sostenerla. Los que mantienen la teoría opuesta, han observado que en esta controversia no puede considerarse comprendida una cuestión de capacidad que legitimaría la autoridad prevaleciente del estatuto personal, sino que se trata en esencia de la forma extrínseca del testamento, y que si el legislador del país donde el acto se haya realizado ha sancionado la regla *locus regit actum*, no se puede admitir que el testamento ológrafo hecho por un neerlandés, no deba ser considerado como tal, siendo así que está admitido por la ley local (3).

---

(1) Fiore, *Delle disposiz. gener. sull'applicazione é interpretazione delle leggi.* Napoli, Marghieri, 1890, vol. II, § 786, pág. 357.

(2) Corte de Génova, 4 Agosto 1891, causa *Hendriks (Foro ital.*, año 1892, I, 116).

(3) Véase en este sentido: Fusinato, *Nota alla sentenza della Corte d'appello di Génova* en el *Foro ital.*, 1892, pág. 116 y siguientes; Buzza-

Nosotros, que hemos afirmado ya que no se trata de una cuestión de capacidad (1), y que mantenemos nuestras afirmaciones, jamás podemos admitir que se refiera á la forma extrínseca. Si á ella se refiriese, también nos parecería á nosotros aplicable la regla *locus regit actum.* Sostenemos lo contrario, porque los requisitos requeridos por la ley para la declaración de la voluntad con la suficiente eficacia para que nazcan las relaciones jurídicas á que, mediante su concurso, se les quiere dar existencia, no pueden ser comprendidos entre los elementos de las formas externas. Afectan, sin duda, á la esencia del asunto jurídico mismo, así como á éste también afecta la capacidad del que ejecuta el acto.

Estamos de acuerdo con Fusinato en reconocer que para determinar el valor de ciertas reglas del Derecho positivo en las relaciones internacionales y fijar el alcance de la autoridad de cada una de las disposiciones legales, es necesario atenerse al principio fundamental de la competencia legislativa. Sostenemos además que, fundándonos precisamente en tal principio, nos parece claro que, puesto que en materia de sucesión el or-

---

ti, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli acti,* cap. IV, número 12, pág. 423 y siguientes.

(1) Véase la *nota* del autor en la sentencia de la Corte de Lucca de 23 de Junio de 1892 (*Journ. de Droit int. privé*, 1884, pág. 550).

Muchos han querido encontrar en las disposiciones del Código holandés una limitación de la capacidad.

Dubois, *Bulletin de jurispr. belge* (*Revue de Droit int.*, t. VIII, 1875 página 495); Renault, *Revue critique*, XXXIII, 1884, tomo XIII, páginas 735 y 736; Despagnet, *Droit privé,* 3.ª edición, pág. 448 y Nota á la sentencia de la Corte de Lieja, en la *Revue practique de Droit int. privé,* 1891, pág. 156.

Tal modo de apreciar estas disposiciones no nos parece exacto. Buzzati y Fusinato, que han tenido motivos para combatir la manera de argumentar de los mencionados escritores, y que han logrado con fundamentos racionales demostrar que no se trata de una cuestión de capacidad, han creído poder afirmar victoriosamente que la controversia debe ser resuelta aplicando la regla *locus regit actum.* Nosotros, por el contrario, aun admitiendo que no se trata de una cuestión de capacidad, llegamos á diversas conclusiones, fundándonos en argumentos de orden vario.

den de suceder, la medida de los derechos sucesorios, la intrínseca validez de la disposición, todo ha de depender de la ley nacional del *de cujus*, debe admitirse, por consiguiente, que la competencia legislativa para determinar si se ha de abrir la sucesión legítima ó la testamentaria, deba atribuirse al Soberano del Estado de que el *de cujus* es ciudadano, así como también la competencia de igual clase para determinar las condiciones intrínsecas que ha de reunir la declaración de última voluntad á fin de que asuma legalmente la naturaleza y el carácter de testamento.

Es de advertir que los citados escritores están de acuerdo con nosotros en que, cuando el legislador extranjero niegue el carácter de testamento á la disposición de última voluntad hecha por dos personas en el mismo documento, no puede considerarse eficaz el testamento mancomunado, aunque esté hecho en un país donde la ley lo admita como válido.

Basados en estos mismos principios, nosotros, en efecto, hemos sostenido y sostenemos que en virtud del estatuto de las formas no se pueda admitir la validez del testamento mancomunado hecho por un italiano en país extranjero (1), y por consiguiente consideramos nula tal clase de testamento otorgado en el extranjero por un francés con violación del art. 968, y no puede aducirse que la ley extranjera tenga por válida tal forma de testar; que el mencionado artículo se halla en la sección que se ocupa de las formas de los testamentos; y que debe por esto aplicarse la regla *locus regit actum*. Aun dado el caso de que el legislador del país extranjero donde el testamento se haya otorgado en esta forma, lo comprendiera en el título en que se ocupa de las formas del testamento y que sanciona la regla *locus regit actum*, el testamento mancomunado hecho por un francés, no llegaría á ser por esto válido. Se tiene, en efecto, razón al argumentar que la competencia legislativa para determinar si la declaración de voluntad por parte de un francés reviste ó no el carácter de testamento, compete indudablemente al legislador francés, y como éste ha

(1) Fiore, *Delle disposiz. gener. sull'aplicazione e interpretazione delle leggi*. Nápoles, Marghieri, vol. II, § 784.

quitado tal carácter á la disposición consignada en el mismo documento por dos ó más personas, no puede considerarse la declaración referida, como tal acto jurídico en virtud del estatuto que concierne á las formas externas, en la hipótesis de que haya sido hecho en un país donde el testamento en tal forma esté reconocido como válido y eficaz. Están en lo cierto los que afirman que en este caso no se trataría de la forma externa, sino del requisito que debe tener la declaración de la voluntad para poderla atribuir el carácter jurídico de testamento, y estimándose máxima la autoridad de la ley nacional en cuanto regula la sucesión, no puede contradecirse eficazmente la competencia legislativa del soberano nacional, para establecer, en lo que se refiere á sus ciudadanos, los requisitos esenciales é intrínsecos que debe tener la declaración de la voluntad á fin de ser considerada como un testamento.

No llegamos á comprender cómo puede contradecirse tan justo concepto, cuando nosotros nos fundamos precisamente en él para sostener que si el legislador nacional no atribuye el carácter de testamento más que al documento escrito, no se puede, en virtud de la regla *locus regit actum*, dar tal eficacia á la disposición no escrita, y cuando decimos que si conforme á la ley que regula la sucesión, no se le atribuye el carácter jurídico de testamento más que á la declaración de voluntad hecha en forma de documento auténtico ó público, no se debe considerar testamento el acto verificado por un ciudadano de tal país por medio de escritura privada. Nos parece que equivaldría á trastornar todos los principios sobre la competencia legislativa, admitir que los requisitos intrínsecos exigidos á la declaración de la voluntad idónea, para hacer nacer las relaciones que se derivan de la sucesión testamentaria, pueda fijarlos un legislador que no sea aquel á quien compete regular la sucesión y determinar si se debe dar lugar á la sucesión legítima ó á la testamentaria.

1.548. La opinión que sostuvimos encuentra hoy su apoyo no sólo en la autoridad de los escritores (1), sino también en

---

(1) Confron. Laurent, *Droit civil int.*, tomo VI, núm. 419, pág. 695;

la jurisprudencia italiana y extranjera. La Audiencia de Génova (1) y el Tribunal de Casación de Turín (2) decidieron que el testamento ológrafo hecho por un holandés en Bélgica, debía considerarse nulo según los términos del artículo 992 del Código holandés, y no obstante, atendiendo á las leyes belgas, no podría llamarse nulo. La misma máxima fué establecida por el Tribunal de Lieja (3), por la Audiencia de la misma ciudad (4) y por el Tribunal de Bruselas (5).

En apoyo de nuestra doctrina, podemos alegar también que en el proyecto del Código civil belga, la regla relativa á la forma de los actos estaba formulada de este modo. «Cuando la ley que rige una disposición, exige como condición esencial que el documento tenga la forma auténtica ó la ológrafa, las partes no pueden adoptar ninguna otra aunque estuviese autorizada por la ley del lugar donde el acto se realice» (6).

Por otra parte, en la conferencia reunida en El Haya para concordar las disposiciones uniformes de Derecho internacional privado para las formas del testamento, fué propuesta la siguiente regla en la primera sesión: «La forma de los testamentos y de las donaciones se rige por la ley del lugar donde están hechos. Sin embargo, cuando la ley nacional del disponente exige, como condición esencial, que el documento tenga ó la forma auténtica ó la ológrafa ú otra cualquiera determinada por dicha ley, el testamento ó la donación no podrán ser hechos de distinto modo».

Napolitani, *La massima* locus regit actum (Palermo), § 9, pág. 58; Catellani, *Il Diritto internazionale privato ed i suoi progressi*, vol. II, párrafo 740; Duguit, *Des conflits de legisl. relatif à la forme des actes*, pág. 137; Asser et Rivier, *Élément.*, pág. 138; Durand, *Essai de Droit. int. privé*, § CXCIII, pág. 401; Weiss, *Traité*, tomo, IV, pág. 636; Surville et Arthuys, § 196; Despagnet, *Droit. int. privé*, 3.ª edic., número 216, pág. 448; y los autores por estos citados.

(1) 4 Agosto 1891, en causa Hendrits (*Foro ital.*, 1892, pág. 116).

(2) 12 Abril 1892, la misma causa (*Monit. die. trib. di Milano*; vol. XXXIII, pág. 346).

(3) 1.º Marzo 1873. (*Pasicrisie belge*, 1874; II, pág. 301).

(4) 18 Junio 1874. (Idem, 1874, II, pág. 362).

(5) 21 Julio 1886. (Idem, 1887, III, pág. 5).

(6) Véase la relación de M. Vam Berchem.

1.549. Resumiendo, pues, nuestra opinión respecto al objeto de esta disertación, decimos que mantenemos con firmeza la creencia de que en las formas extrínsecas del testamento y de las disposiciones de última voluntad en general, debe observarse la ley del lugar donde han sido hechas, si el disponente no se ha valido de la facultad (que no puede negársele, como diremos más adelante) de seguir las prescritas por su propia ley nacional.

Tal regla fúndase en el principio comúnmente aceptado *locus regit actum*, que se considera como una regla de Derecho común internacional respecto á todos los Estados, salvo el caso en que el Soberano, dentro de los límites de su propia competencia legislativa, no haya limitado con expresas disposiciones la autoridad de la mencionada regla, bien en lo que se refiere á los ciudadanos ó en lo que afecta á los bienes inmuebles existentes en el territorio de su Estado. Aquella regla, debe, pues, ser considerada como de Derecho positivo respecto á todos los Estados que la han sancionado en sus legislaciones, como lo ha hecho el legislador italiano en el artículo 9.° de las *disposiciones generales*, el legislador alemán en el art. 11 de la ley preliminar al Código civil, y los legisladores que antes hemos citado.

Por lo que se refiere á la declaración formal de la voluntad idónea para dar existencia al testamento y hacer nacer todas las relaciones jurídicas que se derivan de la sucesión testamentaria, decimos que, teniendo presente el principio general (esto es, que la formal declaración de la voluntad legalmente idónea para dar ocasión al nacimiento de una relación jurídica debe depender de la ley á la que compete regular la relación jurídica que constituye el objeto del negocio), es necesario admitir que la validez ó nulidad de la disposición formal, debe depender de la ley que ha de regir la sucesión, y por consiguiente, esta ley debe ser aplicada para decidir si existe ó no la declaración de última voluntad que pueda tener la fuerza jurídica del testamento.

Resulta claro que, según el sistema italiano, debe aplicarse la ley nacional del *de cujus*. Por lo tanto, si esta ley prescribe una forma especial para la declaración de la voluntad legalmente idónea para dar existencia al testamento, es preciso atenerse á cuanto tal ley disponga para decidir si dicha declaración es vá-

lida ó nula, y á la ley local solamente para decidir acerca de las formas observadas en la documentación, en el atestado, en la redacción, etc., del testamento.

Por el contrario, en el sistema que someta la sucesión á la ley territorial, se debería naturalmente decidir de acuerdo con ella, además, el valor jurídico del testamento. Por lo cual, pudiera considerarse válido el testamento ológrafo, si esta forma de testar fuese reconocida por la *lex rei sitae*, y el testamento se hubiese otorgado observando las formas requeridas por la misma para su validez, aun cuando dicha forma no fuese reconocida por la ley nacional del testador. Es natural que teniendo presente el principio de que la sucesión debe considerarse sometida á la *lex rei sitae*, se deba entender sometida también á la misma ley la formal declaración de voluntad idónea para dar lugar á la sucesión testamentaria.

Dentro de nuestro orden de ideas, se explica que en los países donde la sucesión respecto á los bienes inmuebles esté subordinada enteramente á la ley territorial, no sólo la formal declaración de voluntad que ha de originar la sucesión testamentaria, sino también las formas extrínsecas del testamento se sometan al imperio de la misma ley. Sin pretender justificar el sistema, se explica, sin embargo, aun supuesto tan irracional principio, que el Soberano del Estado, en virtud de su autonomía y de su competencia territorial, pueda arrogarse el derecho, no sólo de sujetar á sus leyes la forma intrínseca, sino de fijar también las formas extrínsecas del testamento. Todo esto nos lo explicamos, como hemos dicho, siguiendo nuestro orden de ideas, aunque no podamos admitir que competa á la *lex rei sitae* la misión de regular la sucesión.

Lo que no hemos llegado á comprender realmente es el esfuerzo que hacen los jurisconsultos para extender, sin reservas ni distinciones, la aplicación de la máxima *locus regit actum*, cuando lo que deberían hacer es precisar su alcance y su extensión racional para no dislocar las reglas fundamentales que deben determinar y precisar la autoridad de la ley reguladora de los actos jurídicos y de las relaciones por ellos engendradas en lo relativo á la declaración de la voluntad.

1.550. Sosteniendo en principio que la regla que concierne á las formas de los actos debe interpretarse en el sentido de que se refiere á las formas extrínsecas é intrínsecas, y manteniendo tal idea en el sistema italiano, se llega inevitablemente á empequeñecer el alto concepto consagrado por nuestro legislador en el art. 8.° de las *disposiciones generales*, y á dar una extensión poco racional á la regla mencionada en el art. 9.°

Se alega que el legislador italiano ha sancionado expresamente la regla *locus regit actum*; que los jueces italianos deben atenerse á los preceptos establecidos por el legislador patrio, y que debe ser aquélla también un principio general para los Magistrados de todos los demás países, obligados á atenerse á las reglas sancionadas por el legislador del Estado á que pertenecen.

Por lo que se refiere á los Jueces italianos, advertimos que nuestro legislador ha expresado claramente su pensamiento en la regla sancionada por el art. 9.°, obligando á subordinar á la ley local las formas extrínsecas del testamento. No ha entendido nunca ni podía entender que se subordinase á la ley local también la declaración de voluntad idónea para dar lugar á la sucesión testamentaria, siendo así que el art. 8.° disponía que la sucesión testamentaria debe ser regulada por la ley nacional del *de cujus*.

Si el orden de suceder y la medida de los derechos de los sucesores legítimos que concurren con los testamentarios á la herencia, deben ser regulados por la ley del *de cujus*; si es preciso decidir, según la ley misma, si se debe dar lugar á la sucesión testamentaria ó á la sucesión legítima, ¿se puede admitir la autoridad de una ley diversa cuando se trate de decidir acerca de los requisitos intrínsecos de la declaración de voluntad legalmente idónea para dar existencia al testamento? El artículo 9.°, ponderando cuidadosamente las palabras de la ley, se refiere á las formas extrínsecas. Ahora resulta para nosotros claro, que éste se refiere á las formas determinadas en los artículos 775 y 784 de nuestro Código civil, y que no hace relación á la regla sancionada en el 774. La disposición formulada en términos tan precisos que no pueden dar lugar á equivocaciones, no se debe, ciertamente, entender en el sentido de ad-

mitir que, en virtud de esta regla, tal como se encuentra sancionada, pueda, respecto á la sucesión italiana, tener valor de testamento la declaración de voluntad que no se realice mediante documento escrito, privado ó público, dado que así lo disponga la ley del país extranjero donde el italiano haya hecho su testamento. Desde luego, para documentar la declaración de voluntad, para atestarla y certificarla, podrán observarse formas extrínsecas diversas de las determinadas en los arts. 775 y 784; pero esto solamente puede admitirse en virtud de la regla sancionada por el art. 9.°

Siguiendo siempre nuestro orden de ideas, consideramos que la regla que concierne á las formas extrínsecas no puede hacer referencia á la disposición del art. 785, que regula la declaración de última voluntad hecha por un italiano ciego y que estatuye que no puede hacerse más que por acto público. No podemos admitir jamás que, en virtud de la regla *locus regit actum*, se haya de atribuir el valor jurídico de testamento á la voluntad de un italiano ciego que no esté otorgada por medio de documento público. La ley local debe sólo regular las formas extrínsecas requeridas por la redacción del documento público; el funcionario competente para autorizar la declaración, el número de los testigos, etc.

Por lo que concierne al valor imperativo de las normas del Derecho internacional privado sancionadas por el patrio legislador, debemos recordar todo lo que dejamos dicho (1), esto es, que en principio las reglas del Derecho internacional privado, declaradas por el legislador de cada Estado, se entenderán establecidas siempre dentro de los límites de la propia competencia legislativa y sin violar los principios fundamentales acerca de la autoridad de las leyes.

Según los más justos principios, es necesario no olvidar, en general, que la competencia legislativa para determinar la formal declaración de la voluntad idónea para engendrar una relación jurídica, debe atribuirse al soberano mismo á quien corres-

(1) Véase el tomo V, §§ 1.337 y siguientes, *Cuestión de la remisión*, pág. 118.

ponde regular el acto jurídico del cual la relación sea objeto. No podemos, por lo tanto, admitir que el legislador italiano haya podido trastornar los principios fundamentales sobre la competencia legislativa por él mismo reconocidos, en lo que atañe á la sucesión.

Téngase en cuenta que, exagerando el alcance de la regla *locus regit actum*, con el propósito de atribuir valor jurídico á una declaración de voluntad no reconocida como eficaz según la ley nacional del *de cujus*, se llegaría á vulnerar el principio fundamental de todo el sistema en materia de sucesiones. Sería preciso, en efecto, para ser consecuentes, admitir que mientras el orden de la sucesión en la familia italiana debe ser regulado por la ley de esta nación, los derechos que según ella corresponden á los herederos legítimos, podrían ser vencidos por aquellos otros que se alegaran por los herederos testamentarios, los cuales adujeran como título una pretendida declaración hecha por el difunto en país extranjero, en presencia de tres testigos, y que no tuviera ni aun rastro de la propia firma, sino solamente un signo, una cruz, dado que la disposición hecha en tal forma fuese considerada como testamento eficaz según la ley del país donde se diga que se ha llevado á efecto tal acto jurídico.

No es así, ciertamente, como debe entenderse la regla sancionada por el patrio legislador en el artículo 9.°

1.551. Manteniendo con resolución, por consiguiente, el concepto de que la regla *locus regit actum* debe aplicarse á las solemnidades extrínsecas y que no es racional darle un exagerado alcance, podemos solamente admitir que se justificaría una extensión mayor, en el caso de que el legislador á quien corresponde regular las relaciones jurídicas que nacen de la sucesión testamentaria, lo hubiese dispuesto expresamente de ese modo.

El vigente Código español nos pone un ejemplo al establecer en el artículo 732: «Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen».

Cuando, por el contrario, falta una disposición expresa, conviene atenerse á los principios generales del Derecho, según los cuales, la regla *locus regit actum* se debe interpretar siempre

limitándose á las formas extrínsecas; y consideramos un verdadero absurdo sostener lo opuesto en contraposición con la ley de un Estado que haya establecido una determinada forma como esencial para la validez jurídica de la declaración de la última voluntad, en cuyo caso es indispensable atenerse á cuanto ésta establece. El legislador neerlandés nos proporciona un ejemplo con la regla establecida en el artículo 992.

Puede acontecer que el legislador de un país haya pensado regular también el valor jurídico de las disposiciones de última voluntad hechas por los extranjeros fuera de su país, limitándose, naturalmente, á los efectos de aquellas en el territorio sometido á su imperio; y en tal caso, no se puede poner en duda que en virtud de la competencia territorial, el legislador del Estado pudiera sancionar tal regla con autoridad imperativa respecto á los jueces de su Nación; pero no es admitisible que el legislador, haciendo esto, hubiese podido modificar las reglas generales respecto á los terceros Estados.

Por ejemplo, el legislador portugués dispone en el artículo 1.965: «Todo testamento hecho por un ciudadano no portugués fuera de Portugal, producirá en el reino sus efectos legales, incluso respecto á los bienes existentes en el territorio, si se han observado las disposiciones de la ley del país donde el testamento se haya otorgado».

Si tal disposición se quisiera entender en el sentido de considerar válido en Portugal el testamento nuncupativo hecho por un francés en Austria, observando las disposiciones relativas á él, según el Código civil austriaco, se tendría razón para sostener que, habiéndolo establecido así el legislador portugués en virtud de su competencia territorial, los Jueces de su Estado no podrían hacer más que atenerse á la regla sancionada por el soberano legislador. Mas, no obstante, teniendo presente lo que hemos sostenido anteriormente, la disposición hecha por un francés en Austria, no debería considerarse como testamento, según la ley francesa; aun cuando el Juez portugués hubiese dictado sentencia, y á tenor de la regla sancionada en el artículo 1.965 lo hubiese reconocido como válido, no sería ésta una razón para sostener que debe considerarlo de igual modo el Juez

italiano, si fuese llamado á conocer y decidir acerca del valor jurídico de la disposición testamentaria. Debería, sí, en virtud del precepto del artículo 8.° y de las razones expuestas anteriormente, considerar que faltando al acto el carácter esencial para tenerlo por testamento según la ley francesa, tal carácter no podía atribuírsele, á tenor de la disposición sancionada por el legislador portugués.

De lo dicho se deduce que para los terceros Estados no bastaría que el testamento fuese válido según la ley del lugar en que deba ser ejecutado. Ciertamente que el Juez de un Estado tiene atribuciones, en virtud de la regla sancionada por su legislador, para considerar que pueda reputarse eficaz el testamento al que no falte su fuerza jurídica como tal, según la ley territorial, siempre que el legislador del Estado haya sancionado en principio que la sucesión deba ser regida por la *lex rei sitae*, ó tenga prescrita una regla especial como la del Código portugués ó la del de la República Argentina (1). Sin embargo, respecto al Juez de un tercer Estado no podría sostenerse lo mismo, supuesto que él es el llamado á decidir acerca del valor jurídico del testamento, según los principios que deben regular las condiciones esenciales del documento y sus formas intrínsecas. Por consiguiente, puede ocurrir muy bien, que un testamento llegue á ser considerado eficaz respecto á los bienes inmuebles, y declarado como tal por el Juez del Estado, é ineficaz en lo que respecta á la universalidad de los bienes hereditarios existentes en otro Estado. Y no es un obstáculo que la controversia acerca de la validez se hubiese discutido y decidido ante el Juez extranjero, supuesto que la sentencia pronunciada en virtud de la autoridad atribuída por el legislador del Estado á la *lex rei sitae*, no sería eficaz más que dentro de los límites del territorio sujeto á la potestad del mismo.

---

(1) Según el Código de la República Argentina, artículo 3.638: «El testamento de aquel que se encuentra fuera de su país, producirá sus efectos en la República, si ha sido hecho según las formas prescritas por la ley del lugar en que reside el testador, ó según las que se observan en el Estado á que pertenece, ó *según las que este Código designa como formas legales*».

1.552. Habiendo aclarado, con los razonamientos hechos hasta aquí, la teoría que nosotros aceptamos á propósito de la ley que debe regular el valor jurídico del testamento, intentaremos examinar ciertas cuestiones especiales que pueden suscitarse, á fin de explicar de un modo concluyente nuestro modo de ver en esta materia de tanta importancia.

Advirtamos ante todo, que no puede encontrarse en el campo de nuestra disertación lo que concierne realmente á la capacidad para hacer válidamente el acto, y que algunos escritores han creído comprender bajo la regla *locus regit actum,* denominándolas formalidades idóneas. Según las leyes de ciertos países, como sucede, por ejemplo, con la del Estado de California, la mujer casada no puede hacer testamento más que autorizada por su marido. Ahora bien: aun cuando se quisiese dar una extensión no racional al estatuto de las formas, no se podría sostener nunca que una mujer casada, que necesita autorización marital para testar, pueda disponer válidamente sin intervención del marido, testando en un país donde, según la ley, tal intervención no se requiera para la validez del acto (1). Sin discutir acerca de la bondad de tal ley, es claro que este precepto se refiere á la capacidad personal para la transmisión hereditaria, y no se puede poner en duda la autoridad mayor del estatuto personal.

1.553. Advertimos, como ya hemos dicho en la Parte general, que la observancia de las formas prescritas por la *lex loci actus*, debe entenderse siempre como un favor concedido al extranjero, y no se puede excluir jamás la facultad que le pertenece de atenerse á las leyes de su patria, aun para las formas extrínsecas del testamento, si puede observarlas en el país donde quiera hacerlo. Los jurisconsultos están generalmente de acuerdo en excluir (2) la fuerza imperativa del principio *locus regit*

(1) Véanse las reglas establecidas por el Derecho inglés acerca de la autorización del marido respecto á la mujer inglesa que quisiera hacer testamento. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises,* tomo III, pág. 551.

(2) Tomo I, Parte general, § 227.

actum, y se puede ya considerar como una regla del Derecho internacional consuetudinario, que el ciudadano de un país que quiera hacer testamento en el extranjero, puede hacerlo eficazmente observando las formas prescritas por la ley de su patria (1). Por consiguiente, los testamentos ológrafos otorgados por los ciudadanos de los Estados que reconocen tal forma de testar, han sido considerados como válidos, aunque estén hechos en país extranjero, donde según la ley, no era permitido testar en forma ológrafa. El Tribunal Supremo de Madrid, con razón, reconoció válido, en su sentencia de 6 de Junio de 1873 (2), el testamento otorgado por un francés en España, bajo la forma ológrafa, y en el cual había dispuesto de todos sus bienes, comprendiendo los inmuebles situados en España, donde, según las leyes vigentes en aquel tiempo, no estaba admitido el testamento ológrafo.

En nuestra legislación, la regla se encuentra expresamente sancionada, habiendo establecido el legislador que los disponentes tienen amplias facultades para seguir las formas de su ley nacional.

Puede surgir, no obstante, alguna dificultad en la observancia de las formas prescritas por esta ley nacional. El art. 569 del Código civil austriaco, por ejemplo, otorga al menor que no haya cumplido los dieciocho años, la facultad de testar, siempre que haga su disposición en presencia del Juez, el cual debe convencerse, mediante un examen adecuado, de que la declaración de última voluntad se ha hecho libremente y con gran meditación, y debe redactar proceso verbal de la disposición otorgada por el menor y del resultado de las indagaciones hechas por el Juez (3).

---

(1) Entre las atribuciones de los Agentes diplomáticos y consulares, se encuentra la de poder asumir las funciones de Notarios para autorizar los documentos otorgados en su presencia por los ciudadanos del Estado. Véase Flaischlen, *Des attributions des consuls en matière de notariat et d'état civil* (París, 1892).

(2) Tribunal Supremo de Madrid, 6 de Junio 1873 (*Journal de Dr. int. privé*, 1874, pág. 40).

(3) Según la Ley de 25 de Julio de 1875, el austriaco menor de dieciocho años puede hacer testamento ante Notario.

Si un menor austriaco se encontrase en Italia y quisiera otorgar testamento en presencia del Juez, observando así las formas prescritas por su ley nacional, ¿podría hacerlo válidamente?

Según la ley italiana, los Tribunales no tienen jurisdicción para autorizar los actos de última voluntad, pues los funcionarios públicos competentes son los Notarios. Pero si un Juez italiano, no encontrando establecido nada en contrario, y considerando que se trataba de extender su jurisdicción voluntaria, recibiese la declaración de última voluntad de un austriaco que no haya cumplido los dieciocho años, no se podría sostener que dicho Juez carecía de jurisdicción, ni que por su parte había existido exceso alguno en sus atribuciones. Pudiendo el austriaco, conforme al principio sancionado en el art. 9.°, observar las formas prescritas por su ley nacional, entendemos que no se debería sostener la nulidad del testamento, en lo que se refiere á la forma, á no ser que hubiera testado observando las solemnidades que señala la ley italiana. Cierto que si el Juez quería aceptar la declaración, sería necesario seguir las prescripciones del Código austriaco, esto es, asegurarse con adecuado examen de que la declaración de última voluntad se hace libremente después de meditada, y redactar respecto de ello, proceso verbal bajo las formas prescritas en la ley de procedimientos italiana (1).

1.554. Advertimos también que, cuando el disponente haya querido otorgar testamento observando las formas extrínsecas de la declaración de última voluntad prescritas por la ley local, es preciso no olvidar, en principio, que el testamento ha de ser siempre considerado válido, y que no puede ser impugnado por motivos de forma, á no ser en el caso de que no se haya tenido presente la regla sancionada bajo pena de nulidad por la ley local. Naturalmente, á quien tenga interés en sostener la validez del testamento respecto á la forma, en virtud de la *lex loci actus*, incumbe presentar la prueba de que

(1) Confr. el artículo de Beauchet en el *Journal de Droit int. privé*, 1886, pág. 683, y la sentencia del Oberlandesgericht del Tyrol-Vorarlberg, por él referida.

efectivamente se ha otorgado en el país á cuya ley se le intenta someter en cuanto á la dicha forma de su confección.

Tal prueba, desde luego, puede resultar de la enunciación del testamento, de su fecha, ó de otras circunstancias que puedan ser apreciadas por los Tribunales.

Expuestas estas consideraciones, conviene decidir, según las leyes y los usos legalmente reconocidos en el lugar donde se ha confeccionado, si las formas empleadas deben ó no tenerse como suficientes para atribuir á la escritura el carácter de documento público ó privado. Se debe, por consiguiente, aplicar la *lex loci actus* para resolver toda controversia relativa al número de los testigos, á las condiciones de los mismos y á las consecuencias que puedan surgir de la falta de los exigidos (1).

1.555. Á este propósito creemos oportuno advertir que, cuando, según la ley local, no pueda servir como testigo, bajo pena de nulidad, un pariente consanguíneo ó afín que se halle dentro de cierto grado, la violación de esta disposición invalida y anula el testamento, aun cuando no dispusiese lo mismo la ley reguladora de la sucesión.

El Código francés, por ejemplo, establece que no puede ser válidamente testigo de un testamento por acto público, ni el legatario, ni sus parientes consanguíneos ó afines dentro del cuarto grado (2), y que la violación de este precepto implicará la nulidad del testamento (3). Ahora bien: aun en el caso de que según la ley reguladora de la sucesión, la intervención de un testigo pariente ó afín, implicase solamente que la disposición hecha en favor suyo, ó del legatario conjunto ó afín, quedase sin efecto y no llevase consigo la nulidad del testamento, tal supuesto no podría aducirse para sostener la validez del acto y la nulidad solamente de la disposición. Por la regla *locus regit actum,* debe ser aplicada la ley local para resolver toda controversia relativa á las formas extrínsecas del testamento y para decidir si la omisión de las mismas lleva ó no consigo la

(1) Confr. Cas. Florencia, 1878. (*Ann. della Giurispr.,* 1879, pág. 66).
(2) Artículo 975.
(3) Artículo 101.

nulidad del acto. Debe después aplicarse la ley reguladora de la sucesión, para decidir acerca de la intrínseca validez de la disposición y de todo lo que concierne al valor jurídico de la misma. Se puede, por consiguiente, decir que siempre que según la ley local, se permita llamar como testigo á un pariente dentro de cierto grado, y la ley reguladora de la sucesión establezca que la disposición á favor de un pariente ó de un afín que haya intervenido como testigo en el otorgamiento del documento público de última voluntad, se considere sin efecto alguno, esta ley, que debe aplicarse para decidir lo que se refiere á la intrínseca validez de la disposición testamentaria, deja sin eficacia la disposición de la ley del lugar. Pero para la forma del testamento, debiéndose aplicar la *lex loci actus*, inútilmente se invocaría la ley que regula la sucesión, á fin de sostener, por ejemplo, la validez del testamento hecho por un extranjero en Francia, por documento público, dado que debiera considerarse nulo según la ley francesa, á causa de la condición de los testigos que intervinieron en su confección.

1.556. Se debe aplicar también la *lex loci actus* al decidir si es ó no indispensable la intervención de un funcionario público para la solemnidad del documento. Como consecuencia de esto, se considerará válido el testamento hecho por un italiano en Inglaterra en la forma inglesa. Allí no se requiere la intervención de ningún funcionario público, sino que el documento, aun escrito por mano de otro, esté firmado por el testador en presencia de dos testigos, los cuales deben estampar sus firmas al mismo tiempo que el testador, para testificar que éste lo ha suscrito en su presencia.

Es indudable que tal testamento debe ser eficaz en cuanto á la forma, incluso en Italia, aun cuando no pueda considerarse como testamento ológrafo, ni como hecho ante Notario. Este es un testamento público según la ley local, y en virtud de la regla *locus regit actum,* debe considerarse como el testamento otorgado en Italia por un Notario.

No cabe aducir, para sostener la opinión contraria, que pudiendo un italiano hacer su testamento en Inglaterra, bajo la forma ológrafa ó por acta notarial ante el agente consular que,

según las leyes italianas puede ejercer, respecto de los nacionales, las funciones del Notario (1), no debe considerarse como eficaz la disposición hecha con arreglo á la forma inglesa, que no es ni testamento ológrafo ni autorizado por Notario. Con más razón pudiera sostenerse que teniendo presentes las disposiciones del Código civil, el espíritu de nuestra ley y de todas las que conciernen á la forma de los actos, no se puede poner en duda que, facultado el testador en virtud de la regla *locus regit actum*, para atenerse á las formas prescritas por la ley local, podía hacer testamento observando las formas extrínsecas establecidas por la ley inglesa, para atribuir al documento el carácter público ó solemne (2). Cierto que no puede negarse al disponente la facultad de seguir las formas de su ley nacional; pero como ya dijimos, esto no es imperativo, siendo potestativo en el testador, bien seguir en su testamento las formas prescritas por la ley local (3), ó las que fije su ley nacional.

Igualmente debe aplicarse la *lex loci actus* para resolver acerca de las consecuencias que se derivan de la omisión de ciertas formalidades en la formación del testamento. Aun cuando estén casi de acuerdo los procedimientos, según la ley nacional del disponente y la *lex loci actus*, si el testamento hecho por un ciudadano en el extranjero no se ha otorgado ante el Cónsul, que está obligado á observar las formas prescritas por el Código nacional bajo pena de nulidad, la omisión de ciertas formalidades debe considerarse siempre bajo el imperio de la ley del país extranjero donde el testamento se haya otorgado.

---

(1) Art. 44 de la ley consular italiana.

(2) Confr. la sentencia de la Audiencia de Rouen, 21 de Julio 1840 y la de la Casación francesa, 6 Febrero 1843, á propósito del testamento hecho por un francés en Inglaterra, bajo la forma inglesa (*Journ. du Pal.*, 1840 y 1843); Duguit, *Des conflicts de législ. relatifs á la forme des actes*, pág. 143-144; Colin, *De la forme qui doivent revêtir les testaments rédigés á l'etranger par des français* (*Journ. de Droit int. privé*, 1897, pág. 85 y sig.); Despagnet, *Précis de Droit int. privé*, tercera edic., pág. 701.

(3) Confr. nota de Clunet á la sentencia de la Commision judiciaire russe, 20 juillet 1898 (*Journ. de Dr. int. privé*, 1901, pág. 176).

1.557. La misma ley es pertinente para decidir cómo se ha de hacer el testamento si el testador ignora la lengua del país donde intente otorgarlo. Algunas leyes tienen disposiciones especiales respecto á este extremo. Nuestro legislador lo ha previsto en los artículos 46 y 51 de la Ley de 25 de Mayo de 1879 sobre el Notariado, la cual dispone que cuando el Notario no conozca la lengua extranjera hablada por el testador, el documento podrá autorizarse con la intervención de un intérprete propuesto por las partes, el cual prestará juramento ante el Notario ofreciendo desempeñar fielmente su oficio, haciéndose mención de ello en el documento mismo. También el Código del Imperio alemán tiene una disposición especial en el artículo 2.244, que prevé el caso del testador que declara no poseer la lengua alemana.

Puede también acontecer, que la ley del país donde se haya hecho el testamento no contenga una disposición especial relativa al caso, y que la declaración de última voluntad se haya redactado, bajo la forma pública ó solemne, en la lengua ignorada por el disponente, y que surgiese después la controversia ante el Juez de un tercer Estado, acerca del valor jurídico del testamento así extendido. Sería necesario en tal hipótesis atenerse á los principios generales del Derecho.

El caso supuesto se ofreció á la consideración de la suprema Corte de Wisconsin. Se trataba del testamento otorgado por un alemán que no entendía ni una palabra de inglés, lengua en que fué redactado. La Corte lo consideró, no obstante, válido, fundándose en los principios generales del Derecho (1).

En principio, es necesario considerar que la declaración de última voluntad hecha por uno y consignada en documento escrito por un tercero, no puede ser realmente atribuída al testador más que cuando esté en condiciones de saber que el contenido de dicho escrito corresponde perfectamente á la voluntad por él manifestada. Sin embargo, no se puede negar la posibi-

(1) Cour Sup. du Wisconsin, 1.º de Diciembre de 1885 (Walter-Alb., *L. J.*, vol. XXXIII, pág. 503), publicada en el *Journ. de Droit int. privé*, 1886, pág. 737.

idad de que esto suceda, aun en el caso de que el disponente no conozca ni poco ni mucho el idioma en que el documento está redactado. En el supuesto de que el legislador lo haya previsto, toda duda debe desaparecer cuando se han observado las disposiciones por él sancionadas para asegurar que se correspondan la voluntad manifestada por el disponente y la forma dada á la misma al fijarla en el escrito. Cuando, por el contrario, el legislador no haya tenido presente esto, todo dependerá de las circunstancias y de los medios adoptados, y que resulten del acto mismo, elementos que el Magistrado podría, ciertamente, apreciar para decidir si la fe atribuída, según la ley, al testamento hecho solemnemente, puede ser admitida ó negada, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso.

Suponiendo, por ejemplo, que el mismo disponente se hubiera valido de un intérprete de toda su confianza, y que esto resultase del acto mismo, ó que los testigos conocieran las dos lenguas, la del disponente y la en que se ha redactado el documento, no nos parece oportuno invocar eficazmente el texto de la ley local y la falta de una disposición especial para impugnar la validez y negar todo valor al testamento así extendido.

Opinamos, pues, que en tales condiciones debe dejarse al prudente arbitrio del Juez, el decidir si según las particulares circunstancias del caso, el testamento escrito en una lengua ignorada por el testador puede ó no tener eficacia.

1.558. Los principios que hemos expuesto, relativos á la forma de los testamentos y á la ley que debe regularla, encuentran su aplicación sin reserva, aun á los actos de última voluntad de los Ministros y de los Agentes diplomáticos residentes en el territorio del Soberano extranjero, cerca del cual están acreditados. El pretendido privilegio de la extraterritorialidad admitido en favor de los mismos, no modifica, en lo que á ellos se refiere, las reglas de Derecho común, como hemos ya demostrado cumplidamente, por lo que no creemos oportuno insistir en ello (1).

---

(1) Véase el tomo I, § 241 y lo que hemos manifestado para combatir las falsas interpretaciones que se le dan á la pretendida ex-

Lo mismo decimos respecto á los testamentos otorgados en los países en que estén en vigor las capitulaciones. Como éstas no convierten en territorio nacional el que forma parte del territorio extranjero, donde en virtud de las referidas capitulaciones, los Cónsules ejercen su jurisdicción en nombre del Estado que representan, es natural que á los actos hechos por los particulares en los países en que aquéllas se hallan en vigor, se deban aplicar los principios del Derecho común que regulan los actos realizados en países extranjeros. Debe, por lo tanto, admitirse que para los testamentos otorgados por un extranjero en los países sometidos al régimen de las capitulaciones, es aplicable la regla *locus regit actum*, caso de que no prefiera observar las formas prescritas por su ley nacional, haciendo el testamento ante el Cónsul del Estado á que pertenezca (1).

Repetimos, como hemos dicho ya antes, que las capitulaciones en virtud de las cuales se ejerce jurisdicción, no convierten en territorio del Estado el que realmente pertenece á otra Nación que, en virtud de ciertos convenios y condiciones excepcionales, sufre el régimen de aquéllas; tal estado de cosas modifica únicamente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales (2).

1.559. Queremos examinar la última cuestión; la que pudiera nacer, suponiendo que el disponente haya cambiado de ciudadanía, después de haber hecho su testamento.

Hemos examinado la cuestión anteriormente bajo un punto de vista general, hablando de las consecuencias que pueden derivarse del cambio de ciudadanía (3). Considerando, en prin-

---

traterritorialidad de los agentes diplomáticos; Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze penali*, cap. VII, § 412. Loescher, 1877, *Droit pénal international*, § 22 á 26 y la nota al § 39, pág. 36, traducido por M. Antoine. París, 1880. Pedone-Lauriel, *Trattato di Dir. int. púbblico*, volumen I, §§ 488 y 491; vol. II, § 1.196, *Digesto ital.*, v.º *Agenti Diplomátici*, § 171 y sig.; *Diritto int. codificato*, reglas 247, 252, 319 y 418.

(1) Confr. la decisión de la Comisión judicial rusa de 20 de Julio de 1898, sobre el testamento hecho por un ruso en los puertos de Levante, en el *Journal de Dr. int. privé*, 1901, pág. 176.

(2) Véase Fiore, *Diritto int. codificato*, regla 345 y siguientes.

(3) Tomo I, § 348 y siguientes.

cipio, que la ley de la patria elegida, en cuanto constituye el estatuto personal, asume, respecto á la persona que con la adquisición de la nueva ciudadanía se somete á la autoridad de ella, el carácter de ley nueva, es natural que deba admitirse que para decidir acerca del valor del testamento, con relación á la formal declaración de la voluntad y á la forma extrínseca observada en la redacción del documento testamentario, se observen las reglas del derecho transitorio.

En general, cuando cambia la ley y se modifican las disposiciones relativas á la forma del testamento, se aplica la ley vigente en el momento en que el acto se realizó, aun cuando la sucesión venga á abrirse después de hallarse en vigor la nueva ley (1). Nosotros consideramos aplicable el mismo principio, para resolver la cuestión relativa á la declaración de última voluntad.

Partiendo de la base de que la declaración de última voluntad se haya hecho con las formalidades prescritas para su validez por la ley del Estado de que era ciudadano el disponente, el testamento debe considerarse como un hecho consumado, y su valor jurídico como tal, no puede anularse por la circunstancia de que posteriormente haya variado el testador de ciudadanía y de que la ley de su nueva patria sancione reglas diversas para la validez jurídica del testamento.

Las leyes de algunos países regulan expresamente este estado de cosas. La ley inglesa de 1861 lo ha previsto con la disposición sancionada en la Sección 3.ª, que estatuye que la variación de domicilio por parte del testador, no modifica el valor del testamento hecho válidamente, conforme á la ley vigente en el país donde el disponente se hallaba domiciliado en el momento en que lo otorgó (2). Esta regla, sancionada de un modo ge-

---

(1) Véase Fiore, *Delle disposi. gener. sulla pubblic. ed applicazione delle leggi*, tomo I, § 274 y siguiente; Gabba, *Della retroattività delle leggi*, tomo III, pág. 324, y los autores por éste citados.

(2) Dicey, *Conflict of laws*, regla 184, págs. 696 y 697. Comenta la regla y dice: «Un testador domiciliado en Francia y que hubiera hecho allí un testamento ológrafo, respecto á los muebles, bajo la forma prescrita por la ley francesa, si posteriormente se domicilia

neral, se considera aplicable hasta para los testamentos hechos por los extranjeros.

Nos parece, pues, que puede establecerse como regla, que la variación de la ciudadanía no puede tener efectos retroactivos con respecto al valor jurídico del testamento. Tratándose de un hecho perfecto y consumado antes de que se haya realizado el cambio de nacionalidad, debe permanecer bajo el imperio de la ley aplicable á tal acto jurídico, teniendo en cuenta la ciudadanía del testador en el momento en que dispuso.

No puede aducirse en contrario que siendo el testamento por sí mismo un acto jurídico revocable, y que como tal adquiere su valor definitivo sólo desde el instante de la muerte, debe por esto considerarse sometido, en lo que se refiere á su valor intrínseco, á la ley bajo cuyo imperio venga á encontrarse el *de cujus* en el momento de su muerte.

Por el contrario, es fácil observar que, aun cuando el testamento es un acto esencialmente revocable, suponiendo que la declaración de la voluntad se haya efectuado con arreglo á la ley á que estaba sometido su autor cuando extendió su disposición, el acto jurídico, hallándose terminado y perfecto, debe producir sus efectos. La declaración de la voluntad válida y eficaz, según la ley á que se encontraba sujeto el autor de ella como ciudadano del Estado del legislador, no puede ser anulada si el disponente ha trocado después su propia ciudadanía y no son iguales las leyes de ambos Estados.

Todo asunto jurídico que pueda producir aquellas relaciones para cuyo fin se crea, por reunir en sí cuantos requisitos exige la ley bajo el imperio de la cual se realizó y perfeccionó, no puede, en principio, perder su eficacia jurídica, si después una ley nueva viene á modificar la regla acerca de las condiciones requeridas para la validez y virtualidad del mismo.

Aplicando tal principio para resolver la cuestión propuesta, debe aparecer más claro el motivo racional de la opinión manifestada por nosotros.

---

en Inglaterra y aquí muere, tal testamento será válido en virtud de la disposición sancionada por la Sección 3.ª de la ley de 1861». (Página 700 de la obra citada).

¿Qué sucedería en la hipótesis de un testamento hecho por el *de cujus* siendo ciudadano del Estado que abandonó, dado el caso de que debiera, conforme á la ley del mismo, tenerse aquél por ineficaz y de ningún efecto por la falta de un requisito intrínseco, y de que pudiera considerarse válido, según la ley del Estado de que fuese el *de cujus* ciudadano en el momento de su muerte?

La cuestión que hemos propuesto ha sido muy debatida en el campo del Derecho transitorio, en la hipótesis de que cambiase la ley relativa á la forma de los documentos, y de que el acto nulo, con arreglo á la ley antigua bajo cuyo imperio se realizó, pudiera considerarse válido según la nueva ley, vigente en el momento en que aquél debiese producir sus efectos jurídicos (1).

Esta controversia aparece incluída en aquella más general que se refiere á la validez de los actos jurídicos nulos, y que se reduce á decidir si un acto jurídico originariamente nulo, según la ley en vigor, podría considerarse válido cuando se promulgase una ley nueva que viniese á quitar los obstáculos que se oponían á su validez. ¿Tendrá la nueva ley la virtud retroactiva de hacer, es decir, de considerar eficaz el documento, como si nunca hubiese existido la falta de los elementos indispensables para su validez?

No es del caso tratar la cuestión de un modo tan general, debiendo aquí limitarnos al testamento. Debemos tan sólo advertir que el cambio de ciudadanía produce siempre el efecto de determinar la autoridad de la ley de la nueva patria frente á la del Estado á que antes pertenecía el naturalizado, y que la concurrencia de las dos leyes da lugar á la cuestión que hay que resolver, ateniéndose á los principios generales del Derecho transitorio, con los cuales debe solucionarse el conflicto entre la ley antigua y la nueva en el interior de un Estado. Es preciso

(1) Merlin, *Répert.*, v.e *Effet rétroactif*, sect. 3.ª, § 5.º, núm. 2.º; Savigny, *Sistema del Diritto romano*, traducción Scialoja, t. VIII, § 393, página 445; Gabba, *Retroattività delle leggi*, parte 3.ª, cap. X; Fiore, *Sulle disposizioni generali delle leggi*, t. I, § 275; Windscheid, *Diritto delle Pandette*, traduc. Fadda, t. I, § 83, y Savigny cit., t. IV, § 203, página 631.

no olvidar la necesidad de considerar, con todo detenimiento, la diferencia entre uno y otro estado de cosas, á fin de precisar cómo han de aplicarse dichos principios en uno y otro caso.

Cuando la ley emana de la misma soberanía, se puede admitir, en principio, que la variación es la consecuencia de la evolución, en el sentido de que las modificaciones de la ley existente son expresión de la conciencia jurídica nacional, para la cual, aun antes de la promulgación de la nueva ley, resultaba ya infundado el obstáculo opuesto por la ley antigua para la validez del acto jurídico: por lo que se puede admitir más fácilmente la fuerza retroactiva del acto, atribuyendo tal eficacia á la disposición legislativa que ha modificado, en conformidad con dicha conciencia jurídica nacional, las condiciones para su firmeza. Cuando, por el contrario, la ley proviene de soberanos de Estados diversos, no se puede recurrir al principio de la evolución para justificar la favorable eficacia retroactiva de las disposiciones diferentes; por lo que, aun cuando en las cuestiones que surjan sobre el particular, se pueda, en ciertos casos, admitir la convalidación, no se ha de aceptar por esto sin vacilar, en el caso de que concurran leyes emanadas de soberanos de Estados distintos.

En tal situación las cosas, entendemos, por el contrario, que se debe más bien admitir, en principio, la regla del Derecho romano «*Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*» (1). No vale aducir que la voluntad del testador debe ser respetada, y que se debe procurar más bien que ésta produzca sus efectos, puesto que tal principio podría tomarse en consideración, cuando el *de cujus* hubiese intentado manifestar su voluntad de un modo serio y definitivo, mientras que en ciertos casos se puede presumir con más fundamento lo contrario.

Supongamos que un individuo que no pudiera, según la ley del Estado de que era ciudadano, testar en forma ológrafa, encontrándose en un tercer Estado, donde, conforme á la ley en vigor, no se reconociese eficacia á tal declaración de voluntad, haya escrito, fechado y firmado sus disposiciones testamentarias;

(1) Libro XXIX, Dig. *De reg. jur.* (50-17).

que luego se haya hecho ciudadano italiano y que en el momento de su muerte se encuentre entre sus papeles el documento á que nos referimos. Lo escrito tendría todas las condiciones para ser considerado como testamento ológrafo por la ley italiana. ¿Debería, por esto, reputarse válido y eficaz, aun teniendo en cuenta que por el tiempo en que se hizo y por la ley á que el acto jurídico estaba sometido, había de estimarse nulo?

¿Se podría, en tal caso, merced al principio de la convalidación, atribuir favorable eficacia retroactiva á la ley de la nueva patria de elección, considerando válido y eficaz el testamento que originariamente es nulo é ineficaz?

Observemos que no se puede admitir que el agente ignorase la ley, ni excluir la duda de que, cuando extendía aquel documento que hizo en forma de escritura privada, hubiera querido hacer no un acto serio y definitivo, sino una preparación, un proyecto; y si tal duda subsiste y no se puede desechar, ¿cómo aceptar que la adquisición de la ciudadanía italiana haya podido convalidar la voluntad del autor de la declaración, mientras se pueda presumir racionalmente que tal disposición de última voluntad, por parte del agente, no ha existido nunca?

En un solo caso admitiríamos nosotros la convalidación, esto es, cuando el testamento nulo por las formas extrínsecas, según la ley del Estado de que el *de cujus* era ciudadano, se hubiese hecho en el territorio de aquél en que después hubiera obtenido la naturalización, y que se hubiesen observado todos los requisitos formales exigidos por la ley de este último. En tal caso, nos sentimos inclinados á admitir que la voluntad expresada por el testador en la forma requerida por la ley del Estado en que se otorgó el acto, y del cual vino después á ser ciudadano, debiera ser respetada y producir todos sus efectos.

No es por el principio de la convalidación por lo que sostenemos este concepto, sino más bien por el respeto de la voluntad; y lo sostenemos con más firmeza, porque ateniéndose á la regla *locus regit actum*, se tendría razón para presumir que el testador observó la forma prescrita por la ley del Estado.

1.560. Los principios que hemos expuesto para determinar la autoridad de la ley reguladora de la forma de los testa-

mentos, deben servirnos también para resolver las controversias relativas á la forma del documento necesario para conseguir la revocación y confirmación de los mismos.

Se puede encontrar, aun en esto, lo que se refiere á la forma extrínseca del acto de revocación ó confirmación, y lo que respecta al valor jurídico de la declaración de última voluntad. Por ejemplo, en el caso de que se trate de decidir si el hecho jurídico que sobreviene después que el disponente haya hecho su testamento, es ó no eficaz para producir la revocación de la disposición, nos parece claro que afectando esta cuestión al valor jurídico de la misma, debe ser resuelta conforme á la ley que ha de regular la sucesión testamentaria. Se trata, en realidad, de saber si se debe ó no dar paso á la sucesión testamentaria, y para establecer esto, si existe ó no una declaración de voluntad eficaz para efectuar la distribución testamentaria. Desde luego compréndese que lo dicho no entra en el campo de las formas extrínsecas, para aplicar la regla *locus regit actum*.

Por consiguiente, debe decidirse según la ley reguladora de la sucesión, si la declaración expresa de no modificar ó revocar la disposición testamentaria, puede ó no tener valor bastante para anular y quitar eficacia á la revocación posterior de las disposiciones mismas. Así igualmente se determinará conforme á la ley misma, si el testamento posterior revoca en todas sus partes al anterior, ó si revoca tan solo las disposiciones incompatibles con las nuevas, ó que les sean contrarias, etcétera.

La regla *locus regit actum*, se debe aplicar al acto de revocar ó de confirmar, teniendo presentes los principios expuestos acerca de la formación del testamento; será preciso, por consiguiente, aplicar la *lex loci actus*, para fijar cuál sea el funcionario competente que puede autorizar la declaración que revoque la disposición, el número de testigos necesarios, la forma del proceso verbal y así sucesivamente.

Aplicando estos principios resulta que si un francés, que hubiera hecho su testamento, hallándose en Austria otorgase otro nuevo, sin declarar expresamente su voluntad de mantener subsistente el anterior, éste no podría considerarse revocado en virtud de la regla *locus regit actum* y de la disposición sancionada

por el art. 713 del Código civil austriaco. Tal artículo se encuentra en manifiesta contradicción con el 1.036 del Código civil francés, que sanciona una regla que está conforme con la del artículo 920 del Código civil italiano, el cual dice que el testamento posterior, que no revoque de un modo expreso los precedentes, anula en éstos solamente las disposiciones contrarias á las nuevas é incompatibles con ellas. Por el contrario, el Código austriaco establece que el testamento posterior válido, anula el anterior, salvo el caso de que el testador declare expresamente que intenta dejarlo subsistente.

Ahora bien, como en el caso imaginado se trataría de decidir si se debe dar lugar á la sucesión testamentaria ó á la sucesión legítima, se invocaría en vano la regla *locus regit actum* para sostener que los testamentos anteriores deben considerarse todos revocados á causa del nuevo testamento hecho en Austria y de la regla sancionada en el artículo 713 del Código civil austriaco, aplicable según la regla *locus regit actum*. Con más razón se debe, por el contrario, admitir que, tratándose de la sucesión de un francés, debe ser aplicado el art. 1.036 del Código civil francés, para decidir si existe ó no testamento eficaz.

Lo mismo ha de decirse de la revocación de derecho de las disposiciones testamentarias, que puede ser consecuencia de ciertos actos jurídicos sobrevenidos después de la confección del testamento.

Dentro siempre de nuestro orden de ideas, es necesario admitir que á pesar de que en principio la *lex loci actus* deba regular la forma de la revocación, puede existir una limitación á tal regla, si en virtud de la ley reguladora de la sucesión es expresamente requerida una determinada forma para la declaración de última voluntad y para su revocación. Un italiano, por lo tanto, ó un francés, pueden revocar bajo la forma ológrafa un testamento anterior; pero un neerlandés que se encontrase en Italia ó en Francia, no podría revocar el testamento que hubiese otorgado en los Países Bajos, á no ser haciendo la declaración por medio de documento auténtico (1).

(1) Confr. Trib. de Amsterdam, 6 Julio 1886 (*Journal de Droit int. privé*, 1889, pág. 175).

CAPÍTULO XII

Del valor jurídico del testamento.

1.561. Concepto de la validez y de la eficacia de los actos jurídicos.—**1.562.** Requisitos para la validez del testamento.—**1.563.** Se determina la extensión de las cuestiones.—**1.564.** Distinción entre los requisitos extrínsecos y los intrínsecos; testamento mancomunado.—**1.565.** Ley que debe regular el valor jurídico del mismo.—**1.566.** ¿Es válido en Italia el testamento mancomunado hecho por extranjeros?—**1.567.** De la revocación del testamento; disposiciones de derecho positivo.—**1.568.** Ley que debe regular la revocación del testamento.—**1.569.** Controversia sobre la revocación frente á la ley italiana.—**1.570.** Conflicto entre la ley italiana y la francesa respecto á la revocación por el nacimiento posterior de hijos.—**1.571.** Aplicación de los principios para decidir acerca de la caducidad de la disposición testamentaria.—**1.572.** Del derecho de representación en la sucesión testamentaria.—**1.573.** Conflicto entre la ley italiana y la austriaca á propósito de la cláusula de irrevocabilidad de la disposición testamentaria.—**1.574.** ¿Debe admitirse la prueba de la declaración de última voluntad?—**1.575.** Valor jurídico del testamento impugnable por defecto de forma: ley aplicable.—**1.576.** Interpretación de la disposición testamentaria.—**1.577.** Doctrina de los escritores acerca de la ley aplicable para la interpretación.—**1.578.** Teoría de los escritores ingleses y observaciones críticas.—**1.579.** Nuestra opinión.—**1.580.** Contenido de la disposición testamentaria: naturaleza de la misma; ley reguladora.—**1.581.** Efectos jurídicos de la disposición testamentaria.—**1.582.** Ley según la cual se debe decidir si una disposición tiene el carácter de fideicomiso.—**1.583.** De las disposiciones condicionales.—**1.584.** De las condiciones imposibles.—**1.585.** De las condiciones ilícitas.—**1.586.** De lo que puede ser objeto de la disposición testamentaria, respecto á los bienes. **1.587.** Del legado de cosa ajena.—**1.588.** Cosas que están fuera del comercio.—**1.589.** De la reserva según las leyes de los diversos países. **1.590.** Ley para determinar la parte disponible; anomalías del sistema francés.—**1.591.** El sistema italiano es más racional.—**1.592.** Derechos de los reservatarios.—**1.593.** El derecho de reducción frente á los ter-

ceros.—**1.594.** Leyes que limitan la cuota disponible, teniendo en cuenta la condición de la persona.—**1.595.** Limitación de disponer en favor de ciertas personas; legados en favor del Notario, médicos, sacerdotes, etcétera.—**1.596.** Nuestra opinión.—**1.597.** Disposiciones en favor de Corporaciones, de los pobres y obras piadosas.—**1.598.** Disposiciones fiduciarias.—**1.599.** Sustitución directa ó indirecta: Derecho positivo. **1.600.** Ley que debe regir el valor jurídico y la eficacia de la sustitución.

1.561. Ningún acto jurídico puede producir sus debidos efectos legales, si no reune aquel conjunto de requisitos que exige la ley para tener en sí mismo la fuerza necesaria de engendrar las relaciones que legalmente de él puedan derivarse. La falta de uno de estos requisitos puede ocasionar la nulidad, siempre que la ley, teniendo en cuenta dicha falta, prive al acto de alguno de sus efectos jurídicos. En tal caso, debe considerarse sin ningún valor legal, y por consiguiente, se tendrá por nulo y como si nunca hubiese existido.

Tal vez el acto jurídico, aunque no deba ser considerado como nulo, pueda, no obstante, ser privado de su eficacia jurídica, desde el momento en que se le quite la virtud de producir ó conservar aquella clase de relaciones que podían derivarse del mismo legalmente. Esto constituye lo que comúnmente se llama acto jurídico anulable ó ineficaz (1).

---

(1) El concepto de la ineficacia es más amplio que el de la falta de validez. Un acto jurídico que tenga en sí todos los requisitos necesarios para producir sus efectos, puede, sin embargo, ser ineficaz en el sentido de que su potencia jurídica se paralice, ó por un estado de hecho ó por circunstancias extrínsecas que, aunque no le quiten su fuerza jurídica, le impidan producir sus debidos efectos.

El acto jurídico nulo existe de hecho en contraposición al Derecho, pero se le puede quitar toda su eficacia, sólo con probar la falta de uno de los requisitos de Derecho. Esto constituye la nulidad absoluta ó completa, que consiste en la total negación de su valor jurídico: *negotium nullum, nulidad de derecho ó de pleno derecho.* La fuerza jurídica la puede perder ó por una circunstancia que sobrevenga (por ejemplo, haberse verificado la prescripción ó la condición resolutiva), ó porque las relaciones derivables del acto sean combatidas por la oposición de una ó de determinadas per

1.562. Aplicando estas nociones generales al testamento, nos incumbe solamente discutir las cuestiones que pueden nacer á propósito de su nulidad y de su ineficacia, al ser confrontadas con la ley que debe regular la fuerza jurídica de tal acto.

El primer requisito para la validez del testamento, es el de la capacidad del disponente y la del que sea llamado á adquirir,

---

sonas, á las cuales la ley atribuya el derecho de impugnar que el acto produzca sus efectos jurídicos. Esto constituye el derecho de impugnabilidad, que tiene naturaleza independiente y que puede fundarse en diversos motivos, según los distintos casos. El acto jurídico en tales circunstancias no es absolutamente nulo, pero puede anularse en virtud del ejercicio de una acción. Así ocurriría en el caso de que el testador, con su testamento hubiese violado el derecho de uno de los herederos reservatarios. La acción, por parte de éste, sería indispensable para quitar al testamento su fuerza jurídica, y como no ejercitando esta acción, el testamento no sería absolutamente nulo, sino que, por el contrario, la nulidad estaría subordinada á la acción especial de parte de aquel cuyo derecho se violó, la cual hubiera sido además reconocida válida por el Juez competente, por eso se le llama nulidad relativa. La ineficacia del acto jurídico no tiene siempre su razón de ser en el acto mismo, sino que puede derivarse de cualquier hecho que, según la ley, dificulte el desenvolvimiento de los efectos que aquél, por la virtud que en sí encierra, está destinado á producir.

En el campo del Derecho internacional privado, el concepto de la ineficacia tiene más amplias aplicaciones. En efecto, hallándose en contraposición dos leyes emanadas de diversas soberanías, una de las cuales tenga autoridad respecto á los requisitos del testamento, y la otra sea competente en lo que se refiere á los efectos que del mismo puedan derivarse con respecto á la parte del patrimonio que se encuentre de hecho en el territorio sujeto á su imperio, puede muy bien acontecer que, en diversidad de casos y por distintos motivos, la fuerza jurídica de un testamento que reuna todos los requisitos de derecho, quede paralizada en su potencia á causa del imperio de la ley territorial que se oponga al desenvolvimiento de los efectos que del testamento pueden derivarse; por lo que, aun cuando no deba considerarse atacado de nulidad absoluta ó relativa, puede, no obstante, quedar ineficaz en virtud de la aplicación de la ley territorial que le quita la potencia indispensable para producir los efectos á que tiende. (Confr. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, tomo I, § 82; Savigny, tomo IV, § 202; Zachariae, por Aubry y Rau, Intr., § 37).

por lo que conviene tener en cuenta lo que hemos dicho antes respecto á tal punto (1).

El segundo requisito es el de la declaración de la voluntad, hecha en la forma determinada por la ley, para lo que debe tenerse presente lo que dejamos expuesto acerca de ello en el capítulo XI.

Ahora nos proponemos examinar detalladamente la cuestión de la validez y de la nulidad intrínseca de la disposición testamentaria, esto es, discutir acerca del valor jurídico de la declaración de voluntad, hecha en la forma determinada por la ley, por aquel que deba ser considerado capaz, determinando la eficacia ó ineficacia de la declaración misma, en vista de su contenido.

1.563. Las controversias relativas á la nulidad, la invalidación y la ineficacia de que un documento puede aparecer atacado, son siempre difíciles aun cuando sólo se trate de decidirlas ante un determinado sistema de leyes; pero en el campo del Derecho internacional privado, las dificultades son mucho mayores por la circunstancia de que, habiendo colisión entre leyes de Estados diversos, es indispensable, ante todo, precisar la ley á que ha de atenerse el juez para decidir respecto á la nulidad y á su carácter, esto es, si debe ser reputada absoluta ó relativa; y cuando el derecho de proponer la anulación de la declaración de última voluntad esté limitado á ciertas personas, surge la dificultad de determinar la ley reguladora del mencionado derecho de proponer y ejercitar la acción, y las condiciones limitativas para el ejercicio del mismo.

Como en principio cualquier nulidad debe decidirse por sentencia, y los actos atacados de nulidad son eficaces hasta que el Juez competente los declare nulos, y por otra parte los efectos jurídicos de la disposición testamentaria pueden desenvolverse en territorio sujeto á soberanías dintintas, es también indispensable resolver las dificultades que puedan nacer, aun cuando el testamento se considere destituído de todo efecto jurídico é ineficaz, en la hipótesis de que á consecuencia de la

(1) Véase cap. VIII, § 1.410 y siguientes.

sucesión testamentaria de que se trata, se haya comprobado un estado de hecho susceptible de producir por sí ciertas relaciones jurídicas.

Comenzamos por advertir que como en esta materia todo debe depender de la declaración de última voluntad, hecha legalmente, es preciso ante todo comprobar si la voluntad se ha manifestado de modo que se la pueda atribuir valor jurídico, según la ley. A este fin conviene tener presente el examen que hemos hecho en el capítulo precedente para precisar el alcance de la regla *locus regit actum*.

1.564. Es indispensable observar cuidadosamente que lo que concierne á la forma extrínseca de la expresión de la voluntad por parte del disponente, no debe confundirse con lo relativo á la existencia jurídica de la voluntad misma, teniendo en consideración los requisitos intrínsecos que debe tener la manifestación de la voluntad, á fin de que pueda producir las relaciones jurídicas á que tiende.

Se ha discutido, por ejemplo, si puede reputarse legalmente existente la declaración de última voluntad en la hipótesis de que dos personas hayan hecho en un solo acto su testamento, y como hemos dicho antes, han creído algunos que para resolver tal duda, conviene referirse á la regla *locus regit actum*, admitiendo ó excluyendo el valor jurídico de la declaración de voluntad hecha en tal forma, según que sea ó no admitida, conforme á la ley del lugar donde el testamento se hiciese.

El testamento así redactado se llama comúnmente mancomunado. Este, teniendo en cuenta su origen (1), presenta el carácter

(1) El testamento mancomunado fué introducido por el emperador Valente (Nov. 4, Cód. Teod. *De testamento*) para permitir á los esposos instituirse recíprocamente herederos mediante un solo acto, con el fin de regular la transmisión de los bienes efectivos y evitar la división de la propiedad. Esta institución tuvo por consiguiente el carácter de mutua y recíproca liberalidad, hecha en el mismo documento. Se discutió si, estando en vigor el régimen de la mutualidad, la revocación podía admitirse con la conformidad del uno ó del otro, y se decidió que por razones de equidad y de buena fe, la revocación por parte del uno ó del otro de los disponen-

de liberalidad mutua y recíproca hecha respectivamente en el mismo acto por los dos disponentes (1). Admitido con su naturaleza y su carácter en el Derecho consuetudinario, se ha prohibido por las leyes de ciertos países. El legislador francés sancionó la prohibición absoluta en el artículo 968 del Código civil (2), así como el legislador italiano en el artículo 761 y el español (*a*) en el 669; pero el Código germánico reciente lo admite sólo cuando se haga entre cónyuges (art. 2.265).

No nos parece, en verdad, que la cuestión acerca del valor jurídico del testamento mancomunado, pueda considerarse como una de las que se refieren á la forma de testar, y que sea, por consiguiente, el caso de invocar para resolverla la regla *locus*

---

tes no podía justificarse. (Confr. Pothier, *Donat. testam.*, cap. I, artículo 1.º) El testamento mancomunado con tales caracteres, fué recibido por el Derecho consuetudinario. (Confr. Furgole, *Testam.*, capítulo II, secc. 2.ª, número 77); Bourjon, *Der. comm. de la Franc.* 2.ª parte, *Du testamento*, cap. I, núm. 55) (*b*).

(1) La unión material de las disposiciones en el mismo acto, es lo que caracteriza al testamento mancomunado. Por lo que los escritores y la jurisprudencia han opinado que la prohibición no atañe á las disposiciones hechas en provecho recíproco por dos personas en documentos separados, ni aun cuando el uno y el otro hubiesen hecho tales disposiciones en provecho común, mediante actos separados, en el mismo día. (Confr. Merlin, *Rep.*, v.º *Testament conjonctif*, núm. 1, y *Donation*, sec. II; Massé y Vergé, sobre Zachariae, t. III. *Parte* 81; Aubry y Rau, t. VII, § 667; Cass. franc., Mayo 1842; *Journ du Palais*, 1842, II, p. 553).

(2) La Ordenanza de 1735 abolió el testamento mancomunado según el Derecho consuetudinario, salvo ciertas excepciones.

(*a*) El art. 669 del Código civil español declara que no podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan én provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

El Derecho foral aragonés autoriza á los cónyuges á testar mancomunadamente, como permite el Código alemán reciente.

(*b*) En nuestro Derecho español histórico, el Fuero Real admitió el testamento mancomunadó entre marido y mujer que no tuvieren sucesion solamente; pero las Partidas le declararon nulo, para que ninguno de los otorgantes *non haya ocasion de trabajar la muerte del otro por razon de heredarse lo suyo*, reservándole á favor de los que fueren caballeros y hubieran de entrar en batalla.

regit actum. Conviene, en efecto, advertir que el legislador que prohibe á dos personas disponer en el mismo documento de la transmisión de sus patrimonios en provecho recíproco, se funda para establecer tal limitación en que la declaración de voluntad hecha de esta manera no tiene el carácter esencial de la espontaneidad y de la libertad, requerido para su valor jurídico, y en que falta también el requisito sustancial de la revocabilidad (1).

Nos basta, para confirmar esta opinión, recordar que cuando en Francia se discutía acerca del artículo 968, que consagró la prohibición, Bigot-Préameneu, exponiendo los motivos, aducía que las disposiciones de esta naturaleza no podían considerarse con certeza revocables, sin ofender el respeto de la mutua fe recíproca, y que admitiendo la irrevocabilidad, se llegaría á desnaturalizar el testamento, el cual en tal caso no podía ser considerado como acto de última voluntad, y concluía diciendo que era necesario proscribir el testamento mancomunado, por ser incompatible con la buena fe y con la naturaleza del testamento (2).

La Comisión que preparó el proyecto de Código civil italiano se fundó en los mismos motivos para justificar la prohibición. «La razón, dice, por la que la Comisión cree que deben considerarse dichos testamentos sin efecto alguno, estriba, no en la forma extrínseca de los mismos, ya que la nueva ley no por otra causa los prohibe, sino porque presume que falta en las expresadas disposiciones la libre voluntad que es esencial en los testamentos» (3).

Nos parece que para todos ha de ser evidente que, cuando dos personas testan en el mismo documento, una á favor de otra, no se puede negar que la liberalidad de una de ellas tiene las apariencias de condición para la liberalidad de la otra, por lo que se hace preciso reconocer en las disposiciones recíprocas el carácter de mutua dependencia, y que por consiguiente, falta en una de las partes el requisito esencial de la espontaneidad

---

(1) Confr. Pothier, *Don. et testaments*, cap. I, art. 1.º

(2) Véase Locré, tomo II, pág. 399, núm. 55.

(3) Informe verbal de la Comis. para el Código civil italiano, turno del 25 Septiembre, 1865.

y de la libertad de la voluntad misma, que debe considerarse sustancial en el testamento, y por otra parte, la revocación ha de prohibirse como consecuencia del vínculo de mutualidad, de la equidad y de la buena fe que impiden á uno de los disponentes infringir las disposiciones á favor del otro cuando goza la liberalidad de éste en su beneficio.

1.565. Teniendo presente cuanto hemos dicho, sostenemos que la cuestión acerca del valor jurídico del testamento mancomunado no puede resolverse ateniéndose á los principios que conciernen á la forma de los actos, sino que conviene, por el contrario, referirse á los que deben regir la esencia y la existencia jurídica de la voluntad manifiesta. Hemos repetido muchas veces que la ley que ha de regular la sucesión y los derechos sucesorios, es la única que debe aplicarse para decidir si ha de abrirse la sucesión *abintestato* ó la testamentaria, y por consiguiente, conforme á la misma, se determinará si la declaración de última voluntad puede ó no considerarse como testamento.

Algunos escritores han querido sostener que la prohibición constituye una simple condición de forma, y, por lo tanto, que puede tenerse por válido el testamento mancomunado, cuando se haya hecho en un país donde la ley no prohiba tal forma de testar. Los jurisconsultos y la jurisprudencia francesa han aducido para sostener esta opinión, la circunstancia de que la prohibición relativa al testamento mancomunado, se encuentra en el Código francés en la sección que se ocupa de la forma de los testamentos (1).

No sabemos, verdaderamente, cómo las reglas sancionadas

---

(1) Merlin, *Rep.*, v.º *Testament*; Coin-Delisle, *Sur l'article 968*, número 5.º; Aubry y Rau, tomo VII, § 667, p. 101; Demolombe, tomo IV, número 476; Toulouse 11 Mayo 1850; Caen 22 Mayo 1850 (*Journ. du Palais*, 1851, II, p. 142); París, 24 Diciembre 1866; *Bull. arr. Paris*, 1866, pág. 789; 10 Agosto 1872 (Sirey, 1872, II, pág. 269); *Droit privé*, 1873, II, pág. 149; Grenoble 25 Julio 1876 (*Droit* de 24 Diciembre 1881; Trib. del Sena, 23 Diciembre 1881 (*Journ. de Droit int. privé*, 1882, página 322); Trib. del Imperio alemán, 1.º Marzo 1881 (Marzo, 1882, página 360).

por el legislador para establecer los requisitos esenciales de la declaración de la voluntad que él considera necesarios é indispensables para que tenga la fuerza jurídica á que tiende, puedan considerarse como disposiciones referentes á la forma extrínseca de la manifestación de la voluntad. Observa, con razón, Marcadé, que si pudiese aceptarse la regla que estableció la Corte de Caen, esto es, que el testamento mancomunado, aunque prohibido por la ley francesa, puede válidamente hacerse en país extranjero, incluso por franceses, cuando la ley de dicho país lo autorizase, se seguiría que el grave inconveniente que el legislador francés ha querido eliminar, excluyendo el testamento mancomunado, subsistiría tan solo con hacer un viaje al extranjero (1). ¿Se podrá suponer jamás, añade con razón el citado escritor, que el legislador francés ha creído permitir á los franceses violar una de sus disposiciones prohibitivas, mediante un simple viaje al extranjero?

Nosotros, que hemos sostenido la misma opinión frente á la ley transitoria (2), creemos que en el conflicto entre leyes de Estados diversos debe aplicarse la ley reguladora de la sucesión para decidir si la disposición mutua y recíproca hecha por dos personas que conjunta y mutuamente han dispuesto de sus patrimonios respectivos en el mismo documento, tiene ó no el carácter de testamento. Por consiguiente, si se tratase de dos italianos que hubiesen otorgado testamento mancomunado, cualquiera que fuese el país en que lo hubiesen hecho, debería considerarse como nulo en virtud de la prohibición sancionada por el patrio legislador, aun cuando tal forma de testar fuese permitida por la ley vigente en el país extranjero en que se hizo el testamento (3). También debería considerarse nulo tal testamento en los países extranjeros, en los cuales, por la ley, se reconozca la autoridad de la ley nacional del disponente para la validez intrínseca de la disposición testamentaria. Tenemos

(1) Marcadé, *Sull'articolo 968.*

(2) Fiore, *Delle disposiz. generali dell'applicaz. delle leggi*, Nápoli, 1886, vol. I, § 280 y 84.

(3) Confr. Cassac. Firenze, 12 Noviembre 1896 (*Foro italiano*, I, página 511).

además que añadir que si un italiano hiciese testamento mancomunado con un extranjero en un país donde tal forma de testar se permitiese por la ley que allí rigiera, el testamento en esta forma no podría tener valor jurídico en Italia, supuesto que, faltando, respecto al italiano, la declaración de voluntad que según la ley personal tiene el poder jurídico del testamento, no se estaría en el caso de atribuir tal potestad al documento dicho, fundándose en la regla *locus regit actum*. Se opondría, en efecto, la disposición sancionada en el artículo 12 del título preliminar, esto es, que las leyes extranjeras no pueden derogar las prohibitivas del Reino que conciernen á las personas.

1.566. Tal vez pudiese existir duda, en el caso de que se quisiera hacer valer en Italia un testamento mancomunado hecho por extranjeros, á quienes, conforme á las leyes de su patria, no les estuviese prohibido testar en tal forma.

A primera vista, quizás, se pudiera pensar que la ley que tiende á garantizar la libertad y el respeto de la voluntad en la transmisión de los bienes, debe considerarse entre las que se refieren al orden público. Por lo que, aun admitiendo la autoridad del estatuto personal en lo que respecta á la sucesión testamentaria y al valor jurídico del testamento, pretender apoyarse en la ley extranjera para sostener que deba considerarse como testamento el acto que no es tal según la ley italiana, implicaría la derogación de una ley del Reino, de orden público.

A nosotros nos parece más conveniente sostener lo contrario. Reconocemos que el legislador italiano ha suprimido de la ley el testamento mancomunado, porque ha visto en la disposición hecha en esta forma el defecto de la completa libertad en lo que se refiere á la revocación; pero la prohibición no concierne á la limitación de la libertad de las personas. El legislador extranjero ha podido, sin duda, reglamentar de diferente modo las cosas, y tal vez, á fin de que se mantengan los bienes en la familia sin fraccionarlos, ó por haber entendido de un modo diverso la recíproca utilidad respecto á las personas pertenecientes á una misma familia, ha podido autorizar el testamento mancomunado, y no se puede, ciertamente, considerar ofendido el orden

público territorial atribuyendo valor al testamento mancomunado hecho por extranjeros, á los que se permita testar en esta forma por su ley nacional. Más bien que encontrar en esto una ofensa al orden público territorial, nos parece, por el contrario, que está más en armonía con los justos principios, mantener el respeto y la libertad de las personas extranjeras que valiéndose de la facultad que les concede su ley personal para manifestar sus voluntades en el mismo documento, la una en provecho de la otra, hayan testado así. ¿Cómo imaginar una ofensa al orden público territorial reconociendo el valor jurídico del testamento mancomunado hecho por los que están autorizados para testar en tal forma, con arreglo á su ley nacional?

1.567. Pasemos ahora á hablar acerca de la revocación.

Dado que la existencia jurídica de la declaración de última voluntad no pueda ser combatida, es necesario examinar si en el momento de la muerte del testador, la disposición hecha por éste, debe considerarse revocada *ope legis*, ó en fuerza de la expresa voluntad del *de cujus*, ó sujeta á caducidad por falta de cumplimiento de alguna de las condiciones requeridas por la ley.

El testamento es, por su naturaleza y por su carácter, un acto revocable, y como tal lo consideran los legisladores (1). Sin embargo, no están de acuerdo las leyes de los diversos países al establecer las reglas relativas á la revocación.

Conforme á la ley italiana, está admitida de derecho la revocación de toda disposición testamentaria á título universal ó particular hecha por quien no tenga ó ignore tener hijos ó descendientes, si existe ó sobrevive un hijo ó descendiente legítimo del testador, aunque sea póstumo, legitimado ó adoptivo, salvo que el disponente hubiere previsto el caso de que existieran ó sobrevivieran los mencionados hijos ó descendientes (2).

---

(1) Confr. Cód. civ. ital., art. 759; Cód. francés, 895; español, 667; portugués, 1.739; holandés, 922; de Zurich, 1.041; de Chile, 999; de Méjico, 3.237; del Imperio germánico, 2.253.

(2) Art. 888 del Código civil. Según el Código francés, no se admite en tales circunstancias la revocación de pleno derecho, puesto que el legislador exige una declaración de voluntad expresa ó tácita para la revocación del testamento.

Según el *Common Law*, vigente en los Estados Unidos de América, el testamento hecho por una mujer, se considera revocado de derecho cuando contraiga matrimonio, aun cuando no tenga hijos.

También el Código de la Luisiana sanciona en el art. 1.698 la regla de que el testamento se tendrá por revocado cuando sobrevengan hijos al disponente.

El Código portugués, en el artículo 1.760, establece que si existen hijos ó descendientes del testador que éste no conocía ó que haya creído muertos, ó si los hijos han nacido después de la muerte de aquél, ó si han nacido antes de su muerte, pero después del otorgamiento del testamento, éste sólo podrá tener efecto en lo que se refiere al tercio de los bienes.

1.568. Conviene advertir ante todo que, aun cuando el acto de la revocación, bajo el punto de vista de su forma, deba en principio estar sujeto á la regla *locus regit actum*, sin embargo, siempre que la ley que regula el derecho de revocación prescriba taxativamente una forma determinada como indispensable para dar valor jurídico al acto, es necesario atenerse á cuanto ella determine.

Según el Código holandés, por ejemplo, confrontando las disposiciones sancionadas en los artículos 982 y 992, parece que aun para revocar un testamento hecho por un neerlandés en país extranjero, se requiere necesariamente el documento auténtico, observando en cuanto á los requisitos de la autenticidad las formas usadas en el país donde el acto se realice. Aquel legislador dispone, en efecto, en el artículo 982, que el neerlandés puede testar en la forma ológrafa para determinados objetos, y que la revocación de tal acto solamente puede hacerse en escritura privada.

Nosotros damos por dicho aquí todo lo que se ha manifestado antes (1) para mantener la distinción entre lo que concierne á la forma extrínseca y lo que se refiere al valor jurídico de la revocación.

Parece claro que cuando se trate de decidir si la decla-

---

(1) Véase el núm. 1.560.

ración de última voluntad debe considerarse subsistente á la muerte del testador ó revocada de derecho en virtud de circunstancias de hecho que la ley tiene en cuenta, conviene referirse á la reguladora de la sucesión y no á aquella del país donde existen los inmuebles que fueron objeto de la disposición testamentaria ó á la del lugar donde se hizo el testamento. Se trata, en efecto, de una cuestión meramente personal, esto es, de si existe ó no la declaración de última voluntad por parte del testador.

En el sistema del derecho positivo que atribuye á la ley reguladora de la sucesión el carácter de estatuto real en todo lo que concierne á la transmisión del patrimonio inmueble, como sucede en el derecho positivo francés, es natural que como todo depende de la *lex rei sitae,* el derecho de revocación y la caducidad de la disposición testamentaria, deben quedar sometidos á cuanto prescribe la ley territorial. No puede decirse, ciertamente, que esta teoría se halle de acuerdo con los más justos principios, puesto que del mismo modo que el derecho de transmitir el patrimonio debe pertenecer al libre albedrío del disponente, así también ha de considerarse el derecho de revocar expresa ó tácitamente la disposición testamentaria. No se puede, por lo tanto, desconocer, que bajo el punto de vista de los principios racionales, la ley que regula el derecho de revocación tiene el carácter de estatuto personal, como oportunamente sostiene Laurent (1). Sin embargo, en la realidad, no todas las leyes positivas están de acuerdo con los principios racionales en materia de sucesiones. En el sistema italiano, tales anomalías se han eliminado por completo, supuesto que el legislador considera en principio que la ley de la sucesión tiene el carácter de estatuto personal. En tal sistema no se puede creer racionalmente que el testador, al hacer la declaración de última voluntad, haya podido referirse á la *lex rei sitae* en lo que concierne á la revocación de la declaración por él hecha, sino que se debe admitir más bien que se ha referido á la ley que regula la declaración de su última voluntad y su capacidad de transmitir en virtud de testamento. La ley del lugar donde los

(1) Laurent, *Droit civil int.*, tomo VI, § 309.

bienes están situados puede en ciertos casos, como diremos más adelante, limitar la eficacia de la disposición testamentaria; pero en cuanto á regular la existencia ó la caducidad de la declaración de voluntad, no puede sostenerse que su autoridad se justifique, siendo así que tratándose de un acto eminentemente personal, el concepto más racional es aquel que lo considera sometido al estatuto personal.

Mucho menos, desde luego, se podría aplicar para resolver tal cuestión, la regla *locus regit actum*. Los que dan tan exagerada extensión á la mencionada regla, invocan los principios del Derecho romano, esto es, que para las cláusulas accesorias, rescisorias ó revocatorias, conviene atenerse á la ley del lugar donde los actos se han celebrado, porque se debe presumir que las partes á ésta se ajustaron para los efectos del contrato, y sostiene que incluso la revocación del testamento y su caducidad, deben depender de la misma ley donde aquél se haya otorgado (1). Tal opinión ni siquiera puede considerarse fundada en los justos principios de Derecho. El testamento no es un contrato, y así como la facultad de transmitir la herencia por testamento y la capacidad de disponer deben depender del estatuto personal, á éste también debe sujetarse la declaración de voluntad para ello eficaz, y no se puede aceptar que el testador haya querido someterse á la ley del lugar en donde hiciera su testamento, sino á aquella que debe regular la sucesión testamentaria y á las disposiciones por tal ley sancionadas.

Es natural que en el sistema que atribuye á la ley del domicilio del *de cujus* la fuerza del estatuto personal del mismo en lo que respecta á su capacidad para disponer, la cuestión de la revocación y de la caducidad debe resolverse en conformidad con la misma ley del domicilio del *de cujus*.

Así lo establece el Derecho inglés respecto á la sucesión mobiliaria. Del mismo modo que la validez ó nulidad del testa-

---

(1) Fœlix y Demangeat, *Droit int. privé*, tomo I, núms. 109 y 111, página 257. «Por la misma razón, dice, la facultad de revocar una donación depende de la ley del lugar donde la donación ha sido autorizada».

mento se hace depender, en principio, de la ley del domicilio del testador al tiempo de su muerte, la revocación y la invalidación del acto de última voluntad se entiende regida por la misma ley. No obstante, en virtud de la ley de Victoria de 1861, relativa á los testamentos de los ciudadanos británicos hechos en el extranjero, se dispone que para la revocación de la disposición testamentaria se debe aplicar la ley del país donde el testador estuviese domiciliado cuando hizo el testamento, y que el subsiguiente cambio de domicilio no modifica la ley que ha de regir la revocación (1).

Nosotros creemos, pues, preferible que toda cuestión relativa al derecho de revocar la disposición testamentaria y al valor intrínseco del acto de revocación sea resuelta de acuerdo con la ley del Estado de que el *de cujus* era ciudadano. Sin embargo, en general admitimos el principio de que la cuestión de la revocación y de la caducidad debe considerarse sometida á la ley que regula la declaración de última voluntad y la capacidad de disponer por testamento, ó lo que es igual, al estatuto personal, bien haya de determinarsé por la ciudadanía de la persona ó por su domicilio.

1.569. Aplicando los principios expuestos, advertimos que en el sistema seguido por el legislador italiano, por los de Germania, de España y de los demás países donde está reconocida en principio la personalidad del derecho sucesorio, la revocación debe ser regulada por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, de cualquier naturaleza que sean los bienes y sea cualquiera el país en que se encuentren. Esto significa que los Magistrados de estos países, cuando sean com-

(1) Véase *The Wills Act,* 1861, 24-25, *Vict.*, cap. 114.—*An act to amend the Law with Respect to Wills of Personal Estate made by British subjets.* «3. No will or other testamentary instrument shall be held to be revoked or to have become invalid, nor shall the construction thereof be altered by reason of any subsequent change domicil of the person making same». Ningún testamento ú otro acto testamentario podrá considerarse revocado ó invalidado, ni su interpretación se alterará por un subsiguiente cambio de domicilio de la persona que lo hizo.

petentes para decidir si el testamento hecho por el difunto debe reputarse existente ó revocado, expresa ó tácitamente, se atendrán á la ley nacional del *de cujus*, sin preocuparse de si en el país donde se encuentran los bienes inmuebles, por atribuirse una autoridad absoluta á la *lex rei sitae*, se aplica esta ley para decidir acerca de la existencia ó revocación del testamento. No puede impedirse, ciertamente, en virtud de los principios racionales, que el soberano los derogue. Podrá, por consiguiente, presentarse el caso de que el Magistrado italiano, por ejemplo, considerando revocado el testamento, por consecuencia de cuanto prescribe la ley nacional del *de cujus*, decida que se debe dar lugar á la sucesión *abintestato*; y que el Magistrado francés ó inglés atribuya valor al testamento teniéndolo por no revocado en virtud de la *lex rei sitae* y de la del domicilio del disponente. Estas son las anomalías que se derivan de la independencia de las soberanías y de la falta de un derecho uniforme.

El derecho italiano, por ejemplo, establece que la revocación expresa no puede hacerse más que, ó por medio de un nuevo testamento que revoque en todo ó en parte el anterior, ó por documento otorgado ante Notario en presencia de cuatro testigos que deben firmarlo, y en el cual el testador declare personalmente que revoca en todo ó en parte la disposición anterior. En esto la ley italiana está perfectamente de acuerdo con la francesa (1).

Hemos apuntado este hecho con el propósito de destruir la afirmación de Laurent que asegura que el Código italiano se encuentra en este punto en contradicción con el francés, porque el legislador italiano no dice nada respecto á la revocación expresa, por lo cual el insigne escritor opina que, según nuestra ley, debe aplicarse el derecho común, y que por consiguiente la revocación puede hacerse verbalmente ó por escrito, y que puede

(1) Art. 917 del Código civil italiano; art. 1.035 del Código civil francés (*a*).

(*a*) El Código español sólo permite la revocación de los testamentos en todo ó en parte, con las solemnidades necesarias para testar; en cualquiera de las formas admitidas, incluso la ológrafa. (Art. 738).

consignarse en una escritura privada, porque es una cuestión de prueba (1).

1.570. La diversidad entre el Código italiano y el francés que pudiera dar lugar á discusión, se encuentra en la disposición que trata de la revocación por sobrevenir hijos, admitida de pleno derecho en la ley italiana y no admitida por la ley francesa. En el sistema consagrado por nuestra legislación no puede surgir duda alguna de que, el testamento hecho por un francés, debe reputarse eficaz en Italia, aun cuando sobrevenga un hijo ó descendiente legítimo del testador, y sin que pueda hacerse ninguna distinción por la naturaleza de los bienes que son objeto de la disposición testamentaria. Esta es la justa consecuencia de la regla sancionada en el artículo 8.° de las *disposiciones generales*. Creemos que no se llegaría á la misma solución, si un italiano hubiese hecho testamento ordinario disponiendo de los bienes existentes en Francia, y después hubiere tenido un hijo legítimo ó lo hubiera adoptado. ¿Este testamento se consideraría revocado de pleno derecho aun respecto á los bienes inmuebles de que hubiese dispuesto existentes en Francia? ¿Se abriría en lo que á éstos se refiere la sucesión *abintestato*?

A Laurent le parece indudable la resolución en sentido afirmativo, porque como él dice, la ley tiene carácter de estatuto personal. Ciertamente así debería ser según los justos principios. Se trata de un acto de voluntad, y no se puede, sin contradicción, admitir que el acto de voluntad de una persona haya de considerarse fraccionado según los diversos lugares donde estén situados los bienes que forman parte de su patrimonio. No se puede aceptar que el *de cujus* haya preferido el hijo al legatario para los bienes existentes en Italia, y el legatario al hijo para los que poseía en Francia. También el sistema de la realidad del estatuto en materia de sucesiones implica muchas anomalías; y teniendo presente lo que dice la Casación francesa, esto es, que respecto á la sucesión inmueble toda disposición asume la fuerza del estatuto real, y que siempre debe conservar su valor la regla *tot hereditates quod territoria*, es natural, que in-

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, tomo VI, núm. 310, pág. 527.

cluso para decidir acerca de la revocación y de la ineficacia del testamento, encuentre su aplicación la ley francesa más bien que la italiana.

No se puede aducir, en contrario, la sentencia de la Audiencia de Burdeos. El Tribunal ante el cual se presentó el testamento hecho en Luisiana, lo consideró revocado en virtud del artículo 1.698 del Código de este Estado que establece lo mismo que el italiano, esto es, que el testamento queda revocado al sobrevenir un hijo. La Audiencia confirmó la sentencia del Tribunal, porque se trataba del testamento hecho por un extranjero, en conformidad con la ley de su domicilio, bajo la cual él había dispuesto de sus bienes inmuebles existentes en América; y como coincidía la ley del lugar en que se otorgó el acto, donde debía ejecutarse la disposición testamentaria y donde existían los bienes inmuebles que de este testamento eran objeto, la Audiencia tuvo razón al considerar que estando el testamento revocado en virtud de la ley de Luisiana, no podía eficazmente conservar su validez ante los Tribunales franceses. Aquélla no hubiese declarado lo mismo, probablemente, si se hubiese tratado de decidir la eficacia de dicho testamento, respecto á los inmuebles existentes en Francia (1).

1.571. Los principios expuestos deben servir también para resolver la cuestión acerca de la caducidad de la disposición testamentaria. Esta, en verdad, depende no de la voluntad del testador, sino de la realización de un hecho previsto por la ley, como suficiente para hacer ineficaz la disposición testamentaria. También en esto conviene atenerse á la ley reguladora de la sucesión.

(1) Véase Trib. de Bordeaux, 17 Agosto 1870 y Cour de Bordeaux, 5 Agosto 1872 (*Journ. du Palais*, 1872, pág. 1.070, y la nota allí puesta, que dice: «Otra razón para aplicar la ley americana se deduce de que el testamento se refiere á inmuebles situados en América; los inmuebles se rigen, como es sabido, por la ley del lugar donde se encuentren. Este último punto de vista tiene su importancia; porque si se tratase de determinar los efectos de un acto realizado en el extranjero, en cuanto á la adquisición de cualquier clase de derechos sobre bienes situados en Francia, el Juez francés debería, con arreglo al principio del estatuto real, aplicar la ley francesa)».

Por consiguiente, tratándose de decidir la eficacia de un legado hecho por un inglés, que posteriormente enajena el objeto legado, no se estaría en el caso de aplicar el artículo 892 del Código civil italiano, que dispone que cualquiera enajenación que haga el testador de la cosa legada, implica la revocación del legado, aunque la enajenación sea nula y la cosa vuelva á poder del disponente. Se debería aplicar la ley inglesa y tener presente que, en conformidad con cuanto dispone el *Wills Act* de 1837, § 23 (1), la enajenación ulterior de la cosa legada no anula la disposición testamentaria, si con posterioridad el testador entra de un modo ó de otro en posesión del mismo objeto y se encuentra en su patrimonio al tiempo de su muerte.

Ni aun en la hipótesis de que la cosa legada fuese un inmueble existente en Italia, y que el acto de la enajenación se hubiese realizado también en este país, se tendría razón en invocar la señalada disposición del art. 892, para deducir la caducidad de la disposición testamentaria, fundándose en la regla *locus regit actum*. Las razones expuestas anteriormente, deben servirnos para desechar tan inexacto concepto; tampoco sería del caso fundarse en la circunstancia de haberse hecho la venta en Italia, ni de encontrarse en dicha nación el inmueble objeto del legado, para sostenerse la aplicabilidad de la disposición del art. 892 como si se tratase de un efecto de la venta.

1.572. Vamos ahora á examinar si en el caso de sucesión extranjera abierta en Italia, se puede aplicar la disposición sancionada en el art. 890 del Código civil italiano para regular con arreglo al mismo la eficacia de una disposición testamentaria en favor de una persona que no haya sobrevivido al testador, pero que hubiese dejado descendientes.

Én las legislaciones extranjeras no se encuentra, en efecto, disposición tan singular como la sancionada por el legislador italiano, el cual admite que los descendientes del heredero ó del legatario premuerto puedan adquirir la herencia ó el legado por el derecho de representación. El Código francés en el art. 1.039, el español en el 766, el portugués en el 1.759, el del Imperio

(1) *Wills Act*, 1837 (St. Giul., IV y I Vict., c. 26).

germánico en el 2.160 y otros, estatuyen que el heredero ó el legatario que muera antes que el testador, no transmite á sus sucesores el derecho que tenía al legado ó herencia hecho á su favor, y que, por consiguiente, la disposición testamentaria queda sin efecto si aquel á cuyo favor se hizo no sobrevive al testador (*a*).

Nosotros, teniendo en cuenta los argumentos que antes expusimos, entendemos que la disposición sancionada por el artículo 890 de nuestro Código civil, no tiene eficacia para hacer admitir la representación en la sucesión testamentaria de un extranjero.

No sería éste, sin duda, el caso de aducir que el derecho de representación en la sucesión testamentaria, sancionada por el artículo 890, deba considerarse inspirado en los principios de equidad, y que los descendientes legítimos del heredero ó del legatario sustituyen á éste en la herencia ó legado en virtud de la interpretación de la voluntad misma del *de cujus*, ya que es racional presumir que el testador que quiso beneficiar á una persona, no intentó privar de esta liberalidad á los descendientes legítimos del beneficiado que no viviera en el momento de abrir la sucesión.

Los Tribunales italianos que se fundasen en estos argumentos ó en otros semejantes con el fin de justificar la aplicación de la disposición del art. 890 á las sucesiones extranjeras, entendiendo la regla sancionada respecto á la representación como una interpretación legal de la presunta voluntad del testador, no harían, á nuestro modo de ver, una aplicación exacta de los justos principios. Los Tribunales deben atenerse á las leyes. Desde luego, tienen el derecho de interpretarlas; pero no les incumbe,

(*a*) El art. 766 del Código civil español, se refiere únicamente al heredero voluntario que muere antes que el testador, al incapaz de heredar y al que renuncia á la herencia, los cuales no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857 (en cuanto á los hijos ó descendientes del hijo ó descendientes del testador excluído de la herencia, y á los hijos del desheredado).

mediante la interpretación, añadir disposiciones que, si bien se hallen de acuerdo con los principios de la equidad, no se encuentren sancionadas por el legislador extranjero. Así se llegaría á admitir una disposición testamentaria tácita, cuando en esencia todo debe depender de la voluntad del *de cujus*. Si éste quería que su liberalidad alcanzase también á los descendientes del beneficiado, podía sin dificultad ejercitar el derecho de sustitución á favor de los hijos del favorecido. Si no lo hizo así, no es lícito al Tribunal fundarse en cuanto establece el legislador italiano respecto á los efectos del testamento de un nacional, para añadir en el otorgado por un extranjero, la disposición en favor de los hijos de la persona por él beneficiada.

1.572. Pasemos ahora á resolver alguno de los casos que pueden dar lugar á dudas, aplicando los principios que dejamos expuestos.

Una cuestión de índole verdaderamente delicada puede nacer en la hipótesis de que el estatuto personal del testador sancionase una regla contraria á la que se halle en vigor en el país donde el testamento se quiere hacer valer, y que lo considere como un acto esencialmente revocable.

Según el Código austriaco, por ejemplo, la declaración de última voluntad se considera por sí misma revocable (art. 552). Sin embargo, este legislador modifica en parte el concepto fundamental de la revocabilidad que constituye la naturaleza propia y sustancial del acto de última voluntad, admitiendo que el disponente puede hacer su testamento con la declaración de que toda disposición posterior se considere nula. En efecto, establece el art. 716 que el testador puede establecer por medio de una cláusula de su testamento ó codicilo, que toda disposición diversa ó contraria á la hecha en el mismo debe considerarse nula, salvo el caso de que el testador no revoque expresamente con disposición posterior la mencionada cláusula general ó especial de irrevocabilidad.

El legislador italiano, por el contrario, no sólo dice que el testamento es por sí mismo revocable (art. 759), sino que dispone además en el art. 916 «que no se puede de ningún modo » renunciar á la libertad de revocar ó cambiar las disposiciones

» hechas por testamento, y que toda cláusula ó condición con-
» traria no puede tener efecto» (*a*).

Así las cosas, surge la duda de si sería eficaz en Italia el testamento hecho por un austriaco que hubiese insertado en él la cláusula de que cualquiera disposición posterior en general debe considerarse nula y sin ningún efecto. Dado el caso de que al abrirse su sucesión se encontrase el testamento con la cláusula de la irrevocabilidad y un codicilo en el cual hubiese dispuesto de distinto modo que en el testamento dicho, ¿se consideraría válido dicho codicilo?

Se podría aducir que habiendo sancionado el legislador italiano en el art. 12 de las disposiciones generales la regla de que las disposiciones privadas no pueden derogar las leyes prohibitivas del reino que conciernen á los documentos, ni las que de cualquier modo se refieran al orden público, se violaría este precepto considerando válida la cláusula de la revocabilidad, siendo así que el legislador sanciona en el artículo 916, de un modo absoluto y prohibitivo, que no se puede de ninguna manera renunciar á la libertad de revocar y cambiar las disposiciones hechas por testamento.

Nos parece que si el Código austriaco atribuyese una fuerza jurídica absoluta á la cláusula en que el testador renuncia á la libertad de revocar ó cambiar las disposiciones que hizo, se tendría razón para sostener que tal ley no puede gozar de valor en Italia, en oposición con las reglas sancionadas en los artículos 916 del Código y 12 del título preliminar. Por lo mismo que

---

(*a*) En España se tienen por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en que ordena el testador que no valga la revocación del testamento, si no la hiciere con ciertas palabras ó señales (art. 737 del Código civil); lo cual es una derivación del principio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad mortem.*

Nos referimos al Derecho común, pues en el foral hay excepciones, como la de Aragón, que admite, en opinión de Molina, que debe guardarse el juramento de no revocar la última voluntad; la de Cataluña (Sentencia de 20 de Enero de 1887), que respeta las cláusulas derogatorias si en el testamento posterior no se afirma que no obsten para la revocación del anterior, y la de Navarra.

no se deriva de la ley civil el concepto de la revocabilidad del testamento, no se puede aceptar que un legislador la acuerde ó la niegue, siguiendo el criterio que él considere mejor, y que prepretenda que la ley que niegue dicha revocabilidad de la disposición testamentaria deba tener autoridad en Italia.

Este concepto de la revocabilidad no es más que el reconocimiento del derecho de libertad que á cada hombre compete, como dimanante de la personalidad humana, y no se podría ciertamente reconocer la autoridad de una ley extranjera que violase semejante derecho de libertad, supuesto que una ley que arbitrariamente conculcara y violase los derechos del hombre, no tendría autoridad extraterritorial.

Sin embargo, conviene notar que el legislador austriaco no viola realmente el derecho de libertad admitiendo que la renuncia á la libertad de revocar el testamento, pueda ser válida y eficaz; sino que dispone que el testador, deseoso de prevenir que se le comprometa á hacer alguna disposición distinta ó contraria de la que consignó en su testamento, pueda añadir en éste la cláusula de que se considerará nulo todo ordenamiento posterior en general, ó que no se distinga con un signo determinado (por ejemplo, con la doble firma ú otra añadidura cualquiera). El testador puede, por consiguiente, revocar la cláusula, expresamente, ó haciendo una disposición distinta con la contraseña ya determinada; disposición que fijó el legislador con el fin de establecer así la certeza de que la posterior declaración, encierra la verdadera voluntad del disponente.

Así las cosas, no debería fundarse en la disposición prohibitiva sancionada en el art. 916 del Código civil italiano, la resolución de tener como de ningún efecto en Italia la cláusula derogatoria añadida por un austriaco á su testamento. Las razones de orden público que han motivado la prohibición sancionada por el legislador patrio en el artículo mencionado, deben subsistir íntegramente respecto á las personas sometidas á la soberanía italiana y no pueden referirse á los extranjeros. Por otra parte, no es del caso desconocer la autoridad de la ley austriaca, porque bien examinada la disposición, no viola el derecho de libertad, sino que gobierna con criterio distinto, esta-

bleciendo que el testador que haya hecho su testamento, pueda declarar sin efecto cualquiera otra disposición posterior suya, que no se encuentre marcada con un signo por él mismo determinado. Considerando, por lo tanto, que el legislador austriaco ha establecido así una forma especial de revocación, será preciso atenerse á cuanto éste dispone, ya que el legislador patrio estima que la fuerza jurídica de la declaración de última voluntad, debe regularse por la ley nacional del *de cujus*.

Establecido, en principio, que la fuerza jurídica de la disposición de última voluntad debe regirse por la ley personal; dado que ésta no atribuye valor jurídico á la cláusula derogatoria cuando no se ha hecho la derogación expresamente ó cuando la disposición distinta no esté señalada con determinado signo fijado por el mismo disponente, se debe admitir que cuando el testador austriaco haga una declaración posterior á su primer testamento sin marcarla con signo especial, se tendrá como válida la disposición precedente y no la posterior, no ya en virtud de la cláusula derogatoria, sino en consideración á la voluntad del testador, el cual, no habiéndola revocado como debía hacerlo, quiso así mantener en vigor la disposición precedente y no atribuir ningún efecto á la posterior.

1.574. Puede surgir la duda de si para dar lugar á la sucesión testamentaria es admisible la prueba de la declaración de última voluntad, en la hipótesis de que el testamento otorgado se haya perdido ó destruído.

Las leyes de diversos países admiten la prueba testifical para asegurar la existencia de los títulos destruídos ó perdidos por caso fortuito ó de fuerza mayor (1). En Francia, la jurisprudencia ha declarado que la disposición sancionada en el artículo 1.348, que concierne á los títulos escritos para probar documentalmente las obligaciones y para los cuales se acepta la prueba testifical, puede encontrar aplicación aun respecto á los actos que contengan disposiciones de última voluntad, y que, por consiguiente, cuando un testamento no revocado se haya perdido ó destruído por un acontecimiento independiente de la

(1) Arts. 1.348 del Código civil italiano y 1.348 del francés.

voluntad del testador, puede probarse por medio de testigos el contenido del acto (1).

No es ahora el momento de discutir si la disposición que concierne á la prueba testifical de los documentos perdidos puede aplicarse á los testamentos. Nos limitamos sólo á observar que incluso para resolver tal controversia conviene referirse á la ley que regula la fuerza jurídica de la declaración de última voluntad, y que no es el caso de atender á la regla *locus regit actum* para decidir acerca de la admisibilidad de la prueba. Se trata únicamente de establecer si se ha de dar lugar á la sucesión testamentaria ó á la sucesión *abintestato*, y todos comprenderán que en este particular debe atribuirse autoridad á la ley que ha de regir la sucesión. Así como es natural que se decida conforme á la misma si existe ó no una disposición testamentaria, se debe determinar también si en el caso de que la disposición no resulte del acto escrito, la declaración de voluntad hecha por el disponente y consagrada en el documento escrito, puede probarse mediante testigos. Todo lo que se refiere á la existencia jurídica de la declaración de última voluntad, se considera sometido á la ley que ha de regular la sucesión y la devolución del patrimonio del *de cujus*.

1.575. Puede darse el caso de que las disposiciones de última voluntad, aun cuando puedan ser impugnadas por defectos en las formas observadas en la redacción del acto, tengan, no obstante, cierto valor jurídico, según las circunstancias atendidas por el legislador.

En principio, cualquiera que sea la forma de testar adoptada por el disponente, se debe presumir fué su intención que su manifestada voluntad, valiese de la mejor manera regulada por la ley. Por consiguiente, si el testamento hecho en la forma por él elegida pudiera, en principio, impugnarse por defecto de las formalidades observadas, pero, á pesar de todo, pudiese tener valor jurídico á causa de encontrarse en la declaración de últi-

---

(1) Confr. Cas. fran., 12 Diciembre 1859 (*Journ. du Pal.*, 1860, página 217). Véase *Rép. génér.*, v. *Preuve testimoniale*, núm. 237 y siguientes; *Testament*, núm. 1.735 y siguientes.

ma voluntad los requisitos suficientes para hacerla existir según la ley que debe regular la transmisión del patrimonio del *de cujus*, no debería negársele todo valor jurídico (1).

Encontramos consagrada esta máxima en Inglaterra, en el estatuto 24-25 Victoria, capítulo CXIV, llamado comúnmente lord Kingsdow's act, el cual ha sido aplicado á las sucesiones abiertas después de comenzar á regir dicho estatuto en 6 de Agosto de 1861.

El Derecho inglés admite que la sucesión, respecto á los bienes muebles, se regula por la ley del domicilio. Ahora, de acuerdo con el mencionado estatuto, para decidir acerca del valor jurídico del testamento hecho por un extranjero, prevalece la regla más favorable para hacerlo eficaz, por lo que se atiende, bien á la ley del último domicilio del *de cujus*, ó á la del país donde se hallaba domiciliado en el momento en que hizo el testamento, según que una ú otra sea la más favorable para mantener la validez (2).

Dicha regla, á pesar de todo, no se aplica, según manifiesta Westlake, para decidir acerca de la capacidad de una persona de disponer por testamento de sus bienes muebles, pues esta cuestión se resuelve preferentemente por la ley del último domicilio del *de cujus*. Pero para las otras cuestiones que no se re-

---

(1) Confróntese Corte de Lucca, 11 Enero 1867 (*Giurisprudenzia ital.*, XIX, II, 11).

(2) Conviene advertir que el concepto del domicilio, según la noción del mismo aceptada por la doctrina y la jurisprudencia inglesas, no corresponde al que de él se tiene, según la doctrina de los romanistas y de las legislaciones que la han seguido, como es, entre otras, la italiana.

El centro de los propios negocios y de los propios intereses que constituye el lugar del domicilio según la doctrina de los romanistas, no tiene una importancia decisiva, con arreglo á la teoría inglesa. La mayoría de los jurisconsultos se hallan de acuerdo en admitir que cuando uno se establece en un lugar con la intención de fijar allí su *home* (casa, hogar), debe considerarse constituído en aquel país su domicilio, aunque el centro de sus negocios y de sus intereses radique en otro sitio. Confr. Wharthon, *A digest of the intern. Law*; Story, *Conflict of Law*, cap. III, § 41 y siguientes; Dicey, *A digest of the Law of England*, cap. II.

fieren á la capacidad, se tiene en cuenta la regla expuesta. Así, por ejemplo, si el testador se hubiese casado después de hacer testamento y conforme á la ley de su domicilio el matrimonio revocara de pleno derecho el testamento anterior, y, por el contrario, según la de su domicilio en el instante en que testó, la revocación no fuese consecuencia *ipso jure* del matrimonio, el testamento se consideraría válido.

En el caso de un testamento hecho por un ciudadano británico en el cual haya dispuesto de sus bienes muebles, se admite la regla más amplia respecto á la forma, para mantener la validez del acto. Se aplica, por consiguiente, la *lex loci actus* para el testamento hecho fuera del Reino británico, pero se reputará suficiente también que la disposición, por la forma, se haya hecho con arreglo á la ley de cualquier país sometido á la Corona británica donde el testador tuviera su domicilio de origen, aunque lo haya otorgado en otra parte.

De todos modos se tiene en cuenta la regla de Derecho internacional privado vigente en el lugar donde se haya abierto la sucesión, caso de que sea más favorable para sostener la validez del testamento. Así, por ejemplo, si según dicha ley prevaleciese la del Estado de que era ciudadano el *de cujus*, ó la *lex loci actus*, la validez del testamento se admitiría según el Derecho inglés, en virtud de la regla de Derecho internacional privado vigente en el lugar donde se ha abierto la sucesión (1).

El legislador italiano también reconoce en ciertos casos el valor jurídico del testamento, que puede ser impugnado por defectos de forma. Así acontecería en la hipótesis de que un italiano hubiera creído hacer en país extranjero un testamento secreto ó místico, y que por la inobservancia de las formalidades prescritas bajo pena de nulidad, según la *lex loci actus*, el testamento, tal como se redactó, debiese ser reputado nulo como místico ó secreto. No obstante esto, si la declaración de voluntad, teniendo en cuenta su forma, contenía los requisitos exigidos por la ley italiana para considerarse como testa-

(1) Confr. Westlake, *A treatise on private international law with principal reference to its practice in England*, § 79-84.

mento olágrafo, podría producir sus efectos como tal y no sería ciertamente el caso de referirse á la regla *locus regit actum* para sostener lo contrario.

Esto se deriva del principio general, esto es, que cuando se deba decidir si la declaración de última voluntad puede ó no tener valor jurídico como tal, conviene atenerse á la ley reguladora de la sucesión. Es natural, por consiguiente, que tratándose de un italiano, sería preciso referirse á nuestra ley y tener presente que el legislador, en el artículo 804, dispone que el testamento místico, nulo por defecto de forma, puede ser válido como testamento ológrafo, siempre que reuna los requisitos de éste. De aquí se deduce, que para apreciar si el testamento hecho por un italiano en país extranjero en forma de testamento místico, puede considerarse válido ó nulo como tal, se debe aplicar la *lex loci actus*; pero que cuando se alegase que no obstante la impugnación del testamento por el defecto de forma no se le podía quitar toda eficacia, y se tratara, por consiguiente, de decidir acerca del valor jurídico de la declaración de última voluntad, precisaría atenerse á la ley reguladora de la sucesión, para establecer si la manifestación de la voluntad por parte de un italiano podía ó no tener algún valor jurídico. La regla *locus regit actum* no invalidaría el principio, puesto que ni siquiera se podría admitir que un ciudadano desconociese, mientras realizaba un acto jurídico, la autoridad de la ley que debe regular el negocio mismo como tal.

La misma regla habría de aplicarse para fijar el valor jurídico de un codicilo.

En Francia, por ejemplo, se considera que siempre que en un testamento ológrafo se haya añadido algo después de la fecha y de la firma, lo añadido será eficaz, cuando se deduzca del conjunto que se escribió al mismo tiempo que las disposiciones principales y que tiene con éstas una manifiesta relación (1). Pero si por el contrario, pudiesen considerarse como disposiciones del todo distintas y separadas de las principales, se tendrían

---

(1) Cass. francesa y Julio 1869 (*Journ. du Pal.*, 1869, pág. 1.067); Burdeos, 20 Junio 1871; el mismo, 1871, pág. 788).

por ineficaces á no ser que además de estar escritas y firmadas por el testador, tuvieran su fecha especial (1).

1.576. Recordando los principios expuestos, suficientes para resolver las principales controversias que conciernen á la existencia del acto, debemos ahora dirigir nuestra atención á determinar el significado de la disposición, á fin de averiguar lo que el testador quiso al expresar su voluntad.

Las disposiciones testamentarias, dentro de los límites consentidos por la ley que fijan la facultad de disponer, son completamente autónomas, por lo que el testamento justamente se equipara á la ley, en el sentido de que todo depende de la sola voluntad del disponente. Puede, sin embargo, acontecer, que el deseo del testador tal como fué expresado y manifestado por él mismo, no resulte claro y cierto, sino oscuro y ambiguo, en cuyo caso, con el fin de respetar la autonomía, se impone al Juez el deber de interpretar y determinar lo que el testador quiso. En este caso, ¿deberá referirse aquél á la ley del lugar donde el testamento se hizo, á la del país donde los bienes se hallen situados, á la ley personal del testador ó á la de su domicilio? Téngase en cuenta que en el caso de que hablamos no se discute la autoridad de la ley ó la competencia legislativa del soberano de este ó de aquel país. Nos encontramos en el campo de la autonomía, y todo se reduce á una cuestión de intención y de probabilidad. Se trata, en efecto, de decidir á qué ley ó á qué costumbre se debe racionalmente suponer que el testador se ha referido al expresar su voluntad. Se trata, en sustancia, de determinar su intención interpretando lo que él quiso.

Aun en la hipótesis de que una ú otra de las leyes en pugna para regular la sucesión extranjera admita ciertas presunciones legales para dar á los Jueces del Estado normas de interpretación, tales presunciones no podrían ser decisivas, como en el caso de un acto jurídico realizado en el país donde debe producir sus efectos y donde ha de ser ejecutado.

Cuando un acto jurídico se realice bajo el imperio de la ley

(1) Cass. francesa, 16 Diciembre 1861; Amiens, 6 Febrero 1862 (*Journ. du Pal.*, 1862, pág. 385).

que establezca las presunciones en materia de interpretación, se tendrá razón para decir que las normas de la ley adquieren autoridad eficaz en virtud del hecho jurídico, es decir, por haber dado el autor vida al acto en el lugar donde estaba en vigor la ley llamada á regular su ejecución. Las disposiciones testamentarias relativas al patrimonio repartido en diversos países, no pueden localizarse en un país ó en otro, porque se refieren al patrimonio existente en distintos lugares, y como la disposición tiende á producir sus efectos respecto de los bienes situados bajo el imperio de diferentes leyes, y todo debe depender de la intención del disponente, se hace indispensable fijar é interpretar su voluntad, es decir, determinar lo que el *de cujus* creyó y quiso expresando su intención de modo que regulase la transmisión de sus bienes á las personas llamadas por él á sucederle.

1.577. Algunos escritores han creído que la ley misma llamada á regir la esencia de la disposición testamentaria debe regular además la interpretación de la misma, por lo que hacen la distinción de testamento relativo á los bienes muebles, y del que concierne á los bienes inmuebles; y considerando que para el primero debe aplicarse la ley del domicilio del testador, y para el otro la del lugar en que se encuentran situados los inmuebles, han deducido que cuando el testador haya dispuesto de la una ó de la otra categoría de bienes y nazca una duda respecto al significado de las palabras empleadas en la disposición, se debe presumir que el testador expresó su voluntad refiriéndose á la ley que ha de regular la esencia y la eficacia de la misma (1).

Otros han sostenido que cuando el testador haga su disposición en un país, aun cuando no esté domiciliado en él, se presumirá que se ha referido á la ley y á las costumbres del lugar donde otorgó el testamento para cuanto concierne á la expresión de su voluntad (2).

Tales opiniones han sido combatidas por jurisconsultos notables, sosteniendo la mayor parte de éstos, que la presunción

---

(1) Confr. Rodemburg, *Tractatus*, título II, parte 2.ª, capítulo IV, número 1.º

(2) Mevius, *Commentarii ad jus lubecense. Quaest. prel.*, IV, núm. 20.

más racional es que el testador ha querido referirse á la ley y á las costumbres de su domicilio, puesto que éstas las tendría más presentes y grabadas en su memoria (1).

Rocco, en este particular, se expresa del siguiente modo: «En lo que concierne á la interpretación del testamento que de un modo evidente no exprese la voluntad del testador, es menester atenerse á la ley y á los usos del lugar donde el disponente tiene su domicilio. Hablando de los contratos, dijimos que debían regularse por la ley del lugar en que se establece la convención. La diferencia entre un caso y otro es notable. En las convenciones concurre la voluntad de dos ó más personas; y en la duda de la intención de los contratantes, no se podría preferir el lugar del domicilio del uno antes que el del otro. Por esto, con fundamento, se presume que quisieron someterse á las leyes y costumbres vigentes en el lugar del contrato. En los testamentos, por el contrario, entra la voluntad de una sola persona, y en la duda, es mejor y más conforme al recto entendimiento, pensar que el testador quiso referirse al lugar de su domicilio antes que al en que hizo su testamento, cuyos usos y costumbres con frecuencia ignora» (2).

1.578. Los escritores ingleses entienden, generalmente, que las disposiciones testamentarias deben interpretarse refiriéndose á la ley del domicilio del testador en el tiempo en que hizo el testamento (3).

Por consiguiente, como dice Story, si el testador hubiese hecho un legado de sus bienes muebles ó inmuebles (*real estate, personal estate*) y naciera la duda acerca de lo que había de entenderse comprendido ó excluído en el legado hecho en tales términos, la cuestión debería decidirse de acuerdo con la ley del lugar donde se hallaba domiciliado el testador en el momento en que hizo su disposición. El citado escritor expone, por ejemplo, el caso de un testamento hecho por un individuo domiciliado en

(1) Confr. Foelix, *Droit int. privé*, 4.ª edición, tomo I, núm. 115 y siguientes, y los autores citados por él.

(2) Rocco, *Dr. civ. intern.*, libro III, capítulo XXIII.

(3) Confr. Story, *Conflict of Laws*, § 479 *a*; Dicey, *Conflict of Laws*, página 695, regla 183.

Jamaica y así concebido: «Yo doy, dejo y lego una mitad de las rentas, productos y utilidades de mi posesión, llamada Islington and Cove's Pean, situada en la parroquia de San Marcos, para que sea dividida por partes iguales entre mis sobrinos. La otra mitad de la renta, productos y utilidades de dicha propiedad se la doy, dejo y lego á mi hijo».

Ahora, para resolver las dudas acerca de lo que puede ó no considerarse comprendido en el legado hecho con la palabra «*my estate*» (mi hacienda), es decir, si se refiere solamente á la tierra ó también á sus accesorios, es preciso atenerse á la ley vigente en Jamaica, y como, según dicha ley, la palabra «*estate*» (hacienda) denota no sólo la tierra, sino las obras, las construcciones, los utensilios, los esclavos, el ganado, las simientes y el *stock* (tronco) de la plantación, todo debe considerarse incluído, atribuyendo á la palabra el significado que se la da en Jamaica.

Esta regla no se ha considerado absoluta por los mismos escritores ingleses (1), sino más bien como una interpretación racional de la voluntad del testador. Existe, en efecto, razón para suponer, en principio, que se haya referido á la ley del lugar de su domicilio. Por lo que si el testador hubiese hecho el testamento en un país donde no hubiera estado domiciliado, se podría admitir que la moneda y las palabras por él empleadas al referirse, por ejemplo, á las medidas y al peso, deberían interpretarse con arreglo á la ley de su domicilio; pero si hubiese adoptado nombres técnicos, esto es, si se expresase en los términos legales, según la ley del país donde hizo su testamento, en tal caso, como cree Dicey, sería necesario interpretar la disposición, refiriéndose á la ley y á las costumbres del país en que el acto se otorgó.

A nosotros no nos parece ésta una regla segura. Respecto á la medida, podemos observar que siempre que el legado se refiera á una parte del terreno existente en un determinado país, y el testador que hiciese el testamento en un lugar donde no estuviera domiciliado, para designar la extensión de terreno que quería dejar ó legar, hubiera indicado la medida; dado que fuese

(1) Confr. Dicey, obra y lugar citados.

diversa la extensión de terreno correspondiente á la cabida indicada en el lugar donde hizo el testamento, de la del de su domicilio y de la correspondiente á la *rei sitae*, nos parece más razonable presumir que el testador se refirió al adoptar, por ejemplo, la expresión *área*, *acre*, *yugada*, á la medida corriente en el lugar donde la propiedad deba ser medida para su entrega al beneficiado.

Story refiere el ejemplo de un legado hecho en libras esterlinas, mediante testamento otorgado en Irlanda, y sostiene que el valor corriente de la libra esterlina debe determinarse por el mercado de Irlanda; ésta parece la presunción más racional, pues si el testador tenía allí su domicilio, debe presumirse que adoptó la palabra en el sentido que le era más familiar. Supongamos, por el contrario, que no tuviese allí el domicilio y que hubiera legado 20.000 libras esterlinas á un individuo domiciliado en Jamaica. Habiendo una diferencia de 8 por 100 entre el valor de la esterlina inglesa y el de la corriente en Jamaica, puede surgir, naturalmente, la duda de si el legatario ha de recibir 20.000 libras esterlinas inglesas ó 20.000 libras esterlinas con el valor corriente en Jamaica, que corresponde á 28.000 libras de las primeras. Tampoco en este caso podría resolverse la duda refiriéndose á la ley del domicilio; sería preciso, más bien, interpretar la intención teniendo en cuenta las circunstancias. Si el testador, por ejemplo, hubiese querido que las 20.000 libras se pagasen al beneficiado en Jamaica, sería lógico presumir que quiso legar 20.000 libras de valor corriente en dicha isla, conforme á la regla de Everardo, *aestimatio rei debitae consideratur secundum locum ubi destinata est solutio* (1).

Ulpiano también resuelve de este modo la cuestión, en el caso de un legado en moneda, cuya cualidad no se especificase. Surgió la duda de si deberían haberse entregado las más pequeñas ó las más grandes, y así respondió el jurisconsulto: *Nummis indistincte legatis, hoc receptum est, ut exiguiores legati videantur: si neque ex consuetudine patris familiae, neque ex re-*

(1) Everardo, *Consil.*, 78, núm. 9.º

gionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere (1).

1.579. Resumiendo, nos parece que en tal materia no se deben establecer reglas generales. Todo se reduce á averiguar la verdadera intención del disponente, y ésta no se puede inferir á no ser aquilatando las circunstancias, el contexto de la disposición de última voluntad, las costumbres del testador y todos los demás elementos que puedan ayudarnos á determinar y precisar lo que realmente pensó y quiso. La sola circunstancia de haber hecho un ciudadano su testamento en el extranjero en la forma prescrita por la ley local y de haberse referido á dicha ley en todo lo que concierne á la forma del acto, no es siempre decisivo para interpretar su voluntad, supuesto que esta forma no tiene relación con la intención del disponente, y puede, por lo tanto, ocurrir en ciertos casos, que haya necesidad de referirse á la ley nacional ó á la del domicilio para determinarla.

Supongamos que un italiano, encontrándose en Inglaterra, testara en la forma prescrita por el derecho inglés y en lengua inglesa, y que hiciese un legado de una parte de los bienes muebles é inmuebles de libre disposición á sus herederos legítimos, expresado bajo la forma *heir at law* (heredero legal). Supongamos también que una parte de los inmuebles que fuesen objeto del legado se hallase situada en Inglaterra, otra en Francia y otra en Italia, y que surgiese la duda acerca de la *designatio personarum*. El *heir at law*, según la ley inglesa, sería el primogénito; según la francesa, que sujeta la sucesión inmobiliaria á la *lex rei sitae*, pudiera referirse á personas distintas de las que establece la ley italiana. Pero como no se trataría de explicar la palabra por el significado legal, sino más bien de interpretar la voluntad del disponente, nos parece claro que la expresión debería entenderse según la ley italiana, y sin tener en cuenta el significado técnico de la misma conforme á la ley del lugar en que se hizo el testamento ó la del país donde se hallasen los bienes que constituyeran el legado (2).

---

(1) L. 75, Dig. *De legatis*, XXXII.

(2) Confr. Corte de Bordeaux, 17 Julio 1883; Fatica et Boule (*Journal des arrêts de la Cour de Bordeaux*, 1883, pág. 279).

Rodemburg sostiene, por el contrario, que en virtud de la institución, tal como queda dicha, los inmuebles que son objeto del legado deberían entregarse á las personas llamadas á suceder *abintestato* al testador, según la ley de la sucesión, teniendo en cuenta la *lex rei sitae*. Tal solución no nos parece exacta. El heredero legítimo, á tenor de la *lex rei sitae*, no podía ser el designado por el testador. Según su presunta intención, es necesario creer que quiso designar al heredero legítimo con relación á su propia ley nacional, porque la presunción más racional es que cuando un italiano hace testamento en el extranjero entienda que su sucesión, en consideración al sistema legislativo del Estado de que es ciudadano, debe regirse por la ley de su país.

Imaginemos, por el contrario, que fuese un inglés el autor del testamento y que hubiese hecho un legado de sus bienes muebles, *personal estate* á su *heir at law*. Teniendo presente que, conforme á la legislación inglesa, la sucesión mobiliaria se rige por la ley del domicilio del disponente, opinamos que para resolver la duda acerca de la *designatio personarum*, sería preciso atenerse á la del domicilio del testador en el momento en que hizo el testamento. Por consiguiente, si el disponente se hallaba domiciliado en Inglaterra, la expresión adoptada por él se entendería en el sentido de que designaba al primogénito. Si por el contrario, el testador tenía por domicilio cualquiera de los Estados de América donde el *heir at law* se refiere á todos los hijos por partes iguales, así debería entenderse la expresión, en conformidad con la *designatio personarum* (1). La razón es siempre la misma, esto es, que tratándose de interpretar la voluntad, es menester inquirir el concepto que naturalmente presidía la intención del testador al expresar su voluntad con las palabras por él mismo empleadas.

En todo caso se habrá de tener presente el concepto de los jurisconsultos romanos, según el cual la voluntad debe prevalecer sobre lo escrito. Tal vez, para asegurarse de la autenticidad de la

(1) Confr. Story, *Conflict of Laws*, § 479 *e;* y el caso Harrison contra Nixon, 9 Peters, reglas 483 y 504 por él citadas.

voluntad, convenga no detenerse en aquella parte de la expresión que haga nacer la duda, sino ponerla en relación con las demás disposiciones que se encuentren en el texto del testamento, á fin de que la parte dudosa del escrito, en combinación con las otras, haga que resulte la verdadera voluntad y la positiva intención del disponente.

Recordemos la famosa respuesta de Scaevola (1): «El testador legó á Seja objetos de oro y de plata y después se expresó en esta forma: A ti, Seja, te pido que cuanto por mí te fué legado, especialmente en oro y en plata, á tu muerte lo restituyas á este y á aquel de mis siervos nacidos en casa; de cuyas cosas, mientras vivas, debe bastarte el usufructo». Se preguntó si sólo se le debía adjudicar á la legataria el usufructo del oro y de la plata. El jurisconsulto respondió que con las palabras dichas se había legado la propiedad con los honores del fideicomiso.

Aun cuando fuese clara y precisa la frase empleada por el testador: «El usufructo debe bastarte en vida», el jurisconsulto consideró, sin embargo, legada la propiedad, relacionando las expresiones empleadas por el disponente al principio y al fin del testamento. Legando el oro y la plata legó la propiedad, y diciendo después, «te debe bastar el usufructo», quiso decir que debía bastarle el gozar durante su vida del fruto de la propiedad, y darla á su muerte á los criados designados; por lo tanto, existía un fideicomiso.

Cuando no se pueda eliminar la ambigüedad de la frase, conviene tener presente que el que hace su testamento se propone, naturalmente, como todo ser racional, establecer una disposición eficaz, por lo que en la duda se debe atribuir á la frase el significado más en armonía para que sea útil, excluyendo aquel otro que la haría inútil (2). Así también se debe rechazar toda

(1) L. 15 Dig., XXXIV, 2.

(2) Confr. L. 67, Dig. *De reg. juris.*

En el Código del Imperio alemán encontramos expresamente consagrada esta regla en el § 2.084, que dice así: «Si el tenor de una disposición de última voluntad, admite varias interpretaciones, en la duda, se debe preferir aquella con la cual la disposición pueda tener efecto».

interpretación que condujese á crear un conflicto entre las varias disposiciones contenidas en el mismo testamento.

Para precisar la intención, es indispensable tener en cuenta las costumbres del testador y sus naturales afecciones. Si, por ejemplo, el disponente se encontrase establecido desde mucho tiempo en el país en el cual otorga el testamento, se tendría razón para admitir que había expresado su voluntad en el lenguaje que le era más familiar, y por consiguiente, la circunstancia de haber vivido durante largos años en el lugar donde testó engendraría la necesidad racional de referirse á las costumbres comunes del punto de su residencia, para determinar el significado dudoso de las palabras por él empleadas al manifestar su voluntad.

1.580. Pasemos ahora á hablar de la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias y del valor jurídico de las mismas, en relación con las personas beneficiadas y con los bienes que son objeto del testamento.

Cuanto concierne á la naturaleza de la disposición testamentaria, es decir, á si ésta debe entenderse como una institución universal, ó á título universal, ó á título particular, se determinará según la ley que ha de regular la sucesión.

El legislador italiano estatuye que las disposiciones testamentarias sólo pueden hacerse á título universal ó á título particular: las primeras son aquellas que tienen por objeto la universalidad ó una parte de los bienes del testador, atribuyendo al individuo, á cuyo favor se establece, la cualidad de heredero. Las segundas atribuyen solamente la cualidad de legatario (1). El Código francés, por el contrario, distingue las disposiciones testamentarias universales, á título universal y á título particular.

Como la transmisión de los bienes hereditarios produce efectos que son diversos según la ley reguladora de la transmisión de los mismos bienes, los cuales efectos dependen de la naturaleza y del carácter de la disposición hecha por el testador, cuando se trate de determinar la naturaleza y el carácter

(1) Artículo 760 del Código civil italiano.

de la disposición, nos parece conveniente que tal determinación se haga refiriéndose á la ley que debe regir la sucesión.

El legislador italiano, por ejemplo, no requiere formas ó palabras sacramentales para atribuir al sucesor la cualidad de heredero ó la de legatario. Sean cualesquiera las palabras con que se haya expresado el testador, el sucesor por él llamado será tenido por heredero ó legatario, según que el difunto le llame á sucederle como continuador y representante de su personalidad jurídica, ó como sucesor solamente en los singulares derechos y en las particulares cosas que se le transmiten (1). Lo primero sucede siempre que el *de cujus*, en su testamento, designe á un individuo para sucederle á título universal (*in universum jus*), transmitiéndole la universalidad del patrimonio, en cuyo caso asume la condición de *heres ex asse*, ó bien reparta entre varias personas una parte alícuota del patrimonio mismo (*heres ex parte*), y entonces cada uno de los llamados, hasta donde alcance su cuota, es también un sucesor *in universum jus*. El segundo caso tiene lugar, por el contrario, cuando el testador llama á uno ó á más individuos para sucederle en derechos y cosas singulares que forman parte de su patrimonio y que tenía intención y quería transmitir á las personas por él llamadas.

Ahora bien, como las consecuencias jurídicas que se derivan de la transmisión hereditaria hecha de un modo ó de otro son diversas según la ley italiana, y dependen de la naturaleza de la disposición testamentaria, cuando se trate de determinar si en el testamento hecho por un italiano existe institución de heredero ó de legatario, creemos que será necesario atenerse á la ley reguladora de la sucesión, y no á la del lugar donde se testó. En resumen, se trata de determinar la naturaleza del derecho

(1) También el legislador francés, después de determinar la naturaleza de las disposiciones testamentarias que pueden ser universales, á título universal ó á título particular, dice: «Cada una de estas disposiciones, bien se haya hecho bajo la denominación de institución hereditaria, ó bien bajo la de legado, producirá sus efectos conforme á las reglas establecidas á continuación». (Artículo 1.002 del Código civil).

hereditario y el carácter intrínseco de la transmisión de los bienes pertenecientes al difunto, y aun cuando en principio se debe admitir que por ser el testador soberano, todo depende de su intención, es preciso no olvidar que al manifestar su voluntad, pudo referirse á la ley que regule la transmisión de su patrimonio á título de sucesión. No nos parece que para determinar la naturaleza y el carácter de la disposición, sea del caso atenerse al valor de la expresión literal, conforme á la ley del país donde se hizo el testamento. Las reglas que tienen efecto respecto á los contratos, no pueden ser invocadas válidamente cuando se trata de decidir la naturaleza de la disposición testamentaria. En los primeros, por concurrir la voluntad de dos ó más personas y no poderse admitir el predominio de la ley de la una ó de la otra, es racional atenerse á las leyes y á los usos vigentes en el lugar donde se otorgó el contrato, para determinar la naturaleza y el carácter de las relaciones contractuales. En el testamento, por el contrario, todo depende de la sola voluntad del disponente y de su intención, y debe admitirse, de acuerdo con los más justos principios, que haciendo uso de su autonomía, más bien que á la ley del lugar donde hizo su testamento, se ha atenido el testador, al regular la transmisión de sus bienes, á la llamada á regir el derecho hereditario, es decir, á su ley nacional ó á la del domicilio, según que la una ó la otra deba considerarse como ley reguladora de la sucesión.

1.581. Determinada la naturaleza de la disposición testamentaria, conforme á los principios que acabamos de exponer, resulta claro que es indispensable atenerse á la ley misma para determinar además los efectos jurídicos derivados de la condición atribuída al transmisario, como sucede, por ejemplo, para decidir cuáles son los derechos que competen al sucesor *in universum jus* y al sucesor *in rem singulam*; cuál es el carácter de la posesión de los bienes del difunto transmitida al uno ó al otro; cuáles las acciones que pueden corresponder, y así sucesivamente. Tales efectos y los demás que se derivan de la naturaleza de la disposición, deben regirse por la ley reguladora de la sucesión, según la cual se determinará la naturaleza de la disposición misma.

Para todas las consecuencias que nazcan de la posesión y de la adquisición de los bienes, según se trate de institución de heredero ó de legado, convendrá tener presente cuanto hemos expuesto anteriormente (1).

1.582. Cuando la ley reguladora de la sucesión prohiba la institución fideicomisaria, será necesario, en principio, atenerse á la misma para decidir si una disposición testamentaria, en consideración á su forma, tiene ó no la naturaleza y el carácter de fideicomiso.

Tanto en este caso como en el de que, según la ley reguladora de la sucesión, fuese válida la institución fideicomisaria, y dado que la disposición testamentaria deba producir sus efectos donde estén prohibidos los fideicomisos, será preciso atenerse en el país á los principios establecidos por la ley y la jurisprudencia local para decidir si la disposición tiene ó no el carácter de tal fideicomiso. En efecto, la ley que proscribe los fideicomisos tiende principalmente á proteger el interés público y á prevenir los daños sociales que se derivan de los vínculos fideicomisarios, asegurando la libre propiedad y el libre comercio de los bienes inmuebles. Nos parece, pues, claro que para conseguir los fines de la ley, esto es, para eliminar aquellos vínculos que el legislador, en interés de la pública prosperidad, ha pretendido hacer desaparecer, conviene atenerse á la *lex rei sitae* para decidir si en la disposición testamentaria existe ó no una institución fideicomisaria. Equivaldría á derogar la ley y á violar los fines que se propuso el legislador, admitir que la intromisión de una ley extranjera pudiera justificar los vínculos impuestos á la libre propiedad y al libre comercio de los inmuebles, alegando que según la ley personal, la disposición testamentaria no tenía el carácter de fideicomiso, cuando tal carácter, con todas las consecuencias que de él se derivan, en perjuicio de la pública prosperidad, debiera ser admitido conforme á la *lex rei sitae*. Considerando en principio que compete á la soberanía territorial ejercer tutela sobre la pública prosperidad y el libre comercio de los bienes, es preciso admitir que, de acuerdo con el criterio en vigor

(1) Véase el tomo V, cap. VI, pág. 220 y siguientes.

según la ley y la jurisprudencia local, se determinará si la disposición testamentaria, teniendo en cuenta su forma, lleva ó no consigo los vínculos fideicomisarios prohibidos por la ley abolitiva del fideicomiso.

1.582. Puede acontecer que la disposición testamentaria esté subordinada á una condición ó á un término cierto ó incierto. Toda persona capaz de disponer á título gratuito, tiene el derecho de establecer en su testamento un término ó una condición, y sería necesario atenerse á la ley que debe regular el contenido de la disposición testamentaria, para decidir acerca del valor jurídico de las condiciones y de los gravámenes impuestos por el testador.

Nuestro legislador declara en el artículo 849 que en el testamento se tendrán por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes y á las buenas costumbres; lo mismo establece el legislador francés en el artículo 900 y el austriaco en el 698 (1). Por consiguiente, resulta claro que en el sistema que reconoce la autoridad de la ley nacional del *de cujus*, cuando se trate de decidir acerca de la intrínseca validez de las disposiciones testamentarias, conviene tener en cuenta dicha ley para determinar el valor jurídico de la disposición condicional y para fijar además cuándo la condición impuesta deba considerarse imposible ó contraria á las leyes y á las buenas costumbres.

El legislador italiano, por ejemplo, al establecer en el artículo 848 que la disposición á título universal ó particular puede hacerse bajo condición, sin fijar limitación alguna acerca de la naturaleza y del carácter sustancial de la misma, legitima de este modo la disposición testamentaria afectada por una condición resolutoria. Tal estado de cosas no puede tenerse por inconciliable con la máxima *semel heres, semper heres*; supuesto que atendida la virtud retroactiva de la condición resolutoria, que produce sus efectos *ex tunc*, es decir, desde el día de la

(1) Véase también el Código español, art. 792; el portugués, 1.743; el holandés, 935; el chileno, 1.093; el mejicano, 3.251, y el del Imperio germánico, 2.171.

apertura de la sucesión, se sigue que al verificarse la condición, el instituído debe considerarse como si jamás hubiera sido heredero, *conditio retrotrahitur ad initium negotii.* Teniendo, pues, presente la regla que hemos establecido, debería, en principio, considerarse válida la disposición testamentaria hecha por un italiano bajo condición resolutoria, y por lo tanto, al cumplirse ésta entender que había cesado el derecho atribuído al beneficiado. Se estimaría, por el contrario, como no puesta la condición resolutoria, si conforme á la ley reguladora de la sucesión, la disposición de última voluntad pudiera hacerse solamente bajo condición suspensiva y no bajo aquella otra.

Es necesario advertir además que aun cuando se deba aceptar, en general, que la ley que regula la validez intrínseca de la disposición de última voluntad hecha bajo condición resolutoria, ha de regir también sus efectos, tanto respecto al derecho atribuído al beneficiado como al ejercicio y goce del derecho mismo *pendente conditione*, sin embargo, cuando del uso de los derechos *pendente conditione* se derivasen relaciones tocante á los terceros que en el intervalo hubiesen adquirido derechos bajo el imperio de la ley extranjera, no se podría invocar la ley nacional del disponente, para decidir si debían respetarse ó resolverse estos derechos. Sería indispensable, por el contrario, atenerse á la ley del lugar donde los actos jurídicos se realizaron *pendente conditione*, ó donde se encuentren las cosas objeto del legado, para determinar los límites dentro de los cuales la realización de la condición resolutoria pueda producir sus efectos; y aun pudiera acontecer que merced á cuanto dispone la ley local, aquella produjese sus consecuencias solamente *ex nunc*, ó sea desde el día en que el cumplimiento de la condición lleve consigo la resolución, y no ya *ex tunc*, en conformidad con cuanto dispone la ley nacional del *de cujus*.

Esta regla debería aplicarse de igual suerte, en el caso de una condición suspensiva, cuando se trate de determinar sus efectos respecto á los terceros.

1.584. En lo que concierne á las condiciones imposibles es necesario advertir que deben considerarse como tales, no sólo las que lo son materialmente, sino también aquellas otras

cuya realización no sea posible á causa del obstáculo que oponga la ley del país extranjero donde hayan de cumplirse.

En todo caso, teniendo presente que conforme á la ley reguladora de la sucesión deben considerarse como no escritas las condiciones contrarias á las leyes, para decidir si una condición es ó no obligatoria ó si debe tenerse por no escrita, sería preciso atender á la legislación en vigor en el país del testador, é igualmente á la del país extranjero donde la condición se hubiera de verificar. Por consiguiente, la disposición que haga un extranjero con la condición de que emplee el beneficiado una parte de los bienes objeto de la herencia en establecer una fundación religiosa en Roma, se deberá considerar como no puesta, por ser contraria á la ley italiana bajo cuyo imperio habría de realizarse, á pesar de que dicha condición no pueda entenderse como contraria á las leyes, según la legislación á que se hallaba sujeto el testador (1).

1.585. Los mismos principios deben servir para determinar si una condición puede ó no considerarse ilícita.

El legislador italiano, por ejemplo, considera en general, ilícita la condición que impide tanto las primeras como las ulteriores nupcias (art. 850). En el Código francés no hay disposición equivalente y los jurisconsultos tampoco se encuentran de acuerdo respecto al valor de esta condición (2).

---

(1) Confr. el § 1.438.

(2) Favard de Langlade, *Rep.* v.e *Don. entre vifs.* sec. I, § 2.o, dice que la condición de no casarse no es contraria ni á las leyes ni á las buenas costumbres, y que por consiguiente, debe considerarse obligatoria para el donatario ó legatario. Es mayor el número de los que dicen lo contrario. Duranton, t. VIII, núm. 120; Aubry y Rau. *Note á Zachariae,* § 692. La Audiencia de París entiende que corresponde al juez decidir, según las circunstancias, si la condición de no casarse debe ser válida ó nula. París 1.o Abril 1862 (*Journ. du Pal.,* 1862, pág. 949 y la nota allí existente de Labet)(*a*).

(*a*) Por el art. 793 del Código civil español se dispone que la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España declara que no es

En el Código austriaco esta condición se considera obligatoria solamente para el viudo ó la viuda que tenga uno ó más hijos, y como no puesta respecto al heredero ó al legatario (artículo 700). Es claro, que á nuestro modo de ver conviene atenerse á la ley que ha de regular la sucesión, para determinar si tal condición debe considerarse obligatoria ó como no escrita.

Respecto á las condiciones que pueden reputarse contrarias á las buenas costumbres ó al orden público, precisa someterse á la ley vigente en el lugar donde hayan de cumplirse, para decidir si se deben ó no tener por obligatorias. En efecto, es natural que así como incumbe al legislador de cada país mantener incólumes las buenas costumbres y el orden público, y nadie puede, sin ofensa de las leyes que tienden á la conservación del mismo, llevar á efecto lo que aquéllas prohiben, por la misma razón debe considerarse como no puesta la condición que, según las leyes del país donde haya de cumplirse, no pueda ser realizada por ser contraria al orden público ó á las buenas costumbres.

Creemos oportuno advertir que cuando la condición sea posible y lícita, y se haya de decidir si debe ó no tenerse por efectuada, conviene referirse á las leyes de la naturaleza del testador cuando se trate de realización material, ó á las leyes vigentes en el lugar donde la condición deba ejecutarse para determinar si el hecho puesto como condición puede entenderse legalmente terminado. Bajo tal aspecto, la ejecución asume el carácter de hecho jurídico, y se debe decidir, con arreglo á la ley local, si el cumplimiento como acto jurídico se ha de considerar realizado.

1.586. Pasemos ahora á examinar el contenido verdadero y propio de la disposición testamentaria, es decir, su valor jurídico teniendo en cuenta lo que constituye su objeto y las personas á cuyo favor se ha hecho. Recordando que, en general, sólo puede ser objeto de una disposición á título gratuito lo que está en el comercio de los hombres, se deduce

---

contraria á la moral ó á las buenas costumbres la condición prohibitiva impuesta al heredero ó legatario de contraer matrimonio con determinada persona, siquiera medien entre el agraciado y la persona á que la prohibición se refiera, relaciones íntimas. (S. 7 Diciembre 1899).

que cuando se trate de decidir acerca del valor de la misma por lo que se refiere á los objetos que la forman, es preciso atenerse á la *lex rex sitae* para determinar si la cosa debe considerarse dentro del comercio de los hombres y disponible por lo tanto, ó fuera é indisponible, á fin de deducir la validez ó nulidad de la disposición en relación á los bienes. Puesto que, como hemos dicho anteriormente (1), compete al Soberano del territorio determinar la cualificación y la condición jurídica de las cosas existentes en el país sujeto á su imperio, es natural que se decida de acuerdo con la *lex rei sitae* si las que constituyen la herencia se hallan ó no en el comercio de los hombres, y si como tales, pueden ó no ser objeto de la disposición á título gratuito.

Se debe además determinar con arreglo á la *lex rei sitae*, si los bienes objeto de la disposición testamentaria son ó no transmisibles á los herederos y si pueden constituir el legado; así como también, cuando se quisiera establecer si atendiendo al objeto de la disposición, se trata de un legado de cosa mueble ó de cosa inmueble. Controversia que pudiera tener cierta importancia en determinados casos, para decidir la competencia en materia de acciones sucesorias.

1.587. En lo que se refiere á la cosa individualmente designada y perteneciente á un tercero, la controversia que puede surgir sobre si el legado de cosa ajena es válido ó nulo, debe resolverse con arreglo á cuanto dispone respecto de este propósito la ley personal del testador, que regula la validez intrínseca de la disposición testamentaria.

Las disposiciones legislativas referentes á este asunto, no están de acuerdo. Según los principios del Derecho romano, se consideraba válido el legado de una cosa que el testador sabía que no le pertenecía, y en tal caso, como dice Ulpiano, el legatario podía ejercitar la acción para obtener el equivalente del precio en que aquélla se estimase (2). Según el Derecho italiano, el legado de cosa ajena es válido cuando el testador sabía

(1) Vol. II, §§ 765 y siguientes.
(2) Confr. L. 34, *De legatis*, XXX, I, § 7.º

que pertenecía á otro, en cuyo caso, si á la muerte del disponente la cosa no se encuentra en su patrimonio, tendrá facultad el heredero de adquirirla para entregarla al legatario, ó bien de pagar á éste su justo precio (1). Según el Código francés, por el contrario, el legado de cosa ajena se considera nulo, tanto si el testador sabía que la cosa pertenecía á un tercero, como si lo ignoraba (2) (*a*).

Para decidir acerca de la validez del legado, no se debe aplicar la *lex rei sitae*, supuesto que no pudiendo el propietario de la cosa ser expropiado por la sola voluntad del testador, y estando el heredero, por consecuencia de la negativa de vender la cosa ajena legada, obligado á pagar al legatario su justa estimación, nos parece que conviene referirse á la ley encargada de regular la eficacia intrínseca de la disposición testamentaria, para decidir si ésta debe considerarse válida ó tenerse por nula. Por consiguiente, en el caso que se discute se consideraría válido el legado de una cosa mueble situada en Francia perteneciente á un francés, si el disponente italiano sabía que legaba la cosa ajena y expresamente lo declaraba en el testamento. Aunque la controversia surgiese en tales términos ante los Tribunales franceses, como en Francia se acepta que para la sucesión mobiliaria ha de aplicarse la ley nacional del disponente, y en conformidad con nuestra ley el legado de que nos ocupamos se considera válido, como tal debería ser tenido por dichos Tribunales. Estos no podrían, ciertamente, obligar al propietario á enajenar la cosa legada, pero sí condenar al heredero á pagar al legatario el justo precio. Realmente no existe ninguna razón de orden público para fallar en sentido contrario. Pudiera, tal vez, sostenerse que la disposición sancionada en el art. 1.021 del Código francés se ha inspirado en razones de orden público, y principalmente para prevenir las cuestiones judiciales, tanto acerca del conocimiento por parte del testador de que la cosa era de otro, como acerca de su justo precio; pero no nos parece que se

(1) Artículo 837.

(2) Artículo 1.021.

(*a*) Lo mismo dispone el Código español en su art. 861 que el italiano.

podría justificar por esto el desconocimiento de la voluntad del testador, que en conformidad con su ley personal, sabiendo que puede imponer á su heredero la obligación de pagar al legatario la justa estimación de la cosa legada, si el propietario de ella rehusa enajenarla, hizo con tal intención su testamento.

Variaría el caso si se tratase de un legado de cosa inmueble; de igual modo que se admite en Francia que la sucesión inmueble se sujete á la *lex rei sitae*, y se debe, en conformidad con ésta, decidir respecto á la validez intrínseca de la disposición testamentaria relativa á los inmuebles existentes en la nación francesa, el legado de que hablamos debería declararse nulo merced á la disposición sancionada en el art. 121 del Código francés.

Aun en estas circunstancias, si la controversia naciese ante los Tribunales italianos, donde no puede tener valor alguno la máxima establecida en Francia *tot hereditates quot territoria*, sino que, por el contrario, de acuerdo con la regla sancionada por el legislador patrio en el artículo 8.°, debe aplicarse la ley nacional del disponente para decidir acerca de la validez de su disposición testamentaria, el legado de palabra se consideraría válido en virtud de la disposición sancionada por el legislador italiano en el artículo 837, y el heredero sería condenado á pagar al legatario el justo precio.

1.588. Todo lo que hemos dicho hasta ahora, se refiere, naturalmente, á las cosas ajenas de que se puede disponer y que estén en el comercio; porque si las que pertenecen á un tercero fuesen de tal naturaleza que por la *lex rei sitae* se consideraran fuera del comercio, en este caso el legado se tendría por nulo, según hemos dicho anteriormente.

1.589. En lo que se refiere al valor de la disposición testamentaria, teniendo en cuenta la libre disposición de los bienes que se encuentren en el patrimonio del disponente, conviene advertir que cuando, como ocurre en algunos países, las leyes niegan á ciertas personas la facultad de disponer de todo lo que constituye el caudal del testador, la ordenación testamentaria no sería eficaz más que respecto á la parte de los bienes de que aquél pueda disponer, conforme á la ley. Esta se llama general-

mente porción disponible, y la restante constituye las legítimas destinadas á garantir el derecho de las personas especialmente designadas como sucesoras.

Para la determinación de la porción disponible, no están de acuerdo todas las leyes de los diferentes países. Según la ley italiana (1), las liberalidades que se hagan por testamento, no pueden exceder de la mitad de los bienes del testador si deja hijos al morir, sea cualquiera el número de éstos. La otra mitad constituye la legítima en provecho de los hijos. El Código francés, por el contrario, permite disponer de la mitad si el testador deja un hijo á su muerte; si deja dos, solamente podrá disponer del tercio, y si deja tres ó más, sólo del cuarto (2). Según el Código español, los dos tercios del patrimonio del padre y de la madre constituyen la porción de los hijos y descendientes legítimos, pudiendo, no obstante, disponer los progenitores de uno de estos dos tercios para dejarlo como mejora en provecho de uno ó varios de los hijos ó descendientes legítimos. La parte disponible, por consiguiente, está constituída por el tercio del patrimonio (3). La reserva, pues, se determina de distinto modo por la ley italiana y por la de los demás países, en el caso de que falten los hijos (4).

1.590. Resulta evidente, pues, que la ley encargada de determinar la cuantía de la porción de que se puede disponer por testamento, debe ser aquélla por la que se regule la sucesión. La limitación se encuentra, en efecto, en relación con el derecho hereditario atribuído por la ley misma á ciertas y determinadas personas.

Es natural que aceptado el anormal principio *tot hereditates quot territoria*, y considerando que la sucesión inmobiliaria debe

---

(1) Artículo 805.

(2) Artículo 913.

(3) Código español, arts. 806-808; portugués, 1.784. La legítima se fija también en los dos tercios del patrimonio. Pero si el testador no deja más que ascendientes, descontados su padre y su madre, puede disponer de la mitad de su patrimonio.

(4) Confr. Código italiano, art. 807; francés, 915; español, 809-810; portugués, 1.787; holandés, 962; de Zurich, 970; chileno, 1.182-1.183.

ser regulada por la *lex rei sitae*, se admita que la porción de los bienes de que le es permitido disponer al testador, se determine conforme á la ley territorial. Un italiano, por consiguiente, no puede disponer de un modo eficaz de los bienes inmuebles que le pertenezcan y existan en Francia, más que de acuerdo con la regla establecida por el Código civil francés respecto á la parte disponible.

Se comprende fácilmente lo anómalo que es el principio relativo á la legítima en el sistema francés, en materia de sucesiones extranjeras; pero aun dada la anormalidad del sistema, atendiendo á que la ley que regula la sucesión tiene el carácter de estatuto real, es forzoso admitir lo que la jurisprudencia francesa ha establecido, esto es, que los preceptos legislativos que conciernen á la disposición de los bienes y que tienden á asegurar una porción del patrimonio del difunto á los herederos de la sangre, forman parte del expresado estatuto real (1). Con tal sistema, por consiguiente, para establecer el activo de la herencia, á fin de determinar la legítima, es menester considerar la sucesión inmobiliaria como distinta y separada, valorar los inmuebles existentes en Francia y no aquéllos situados en país extranjero, y calcular el importe de la reserva conforme al Código francés, teniendo en cuenta el total de los inmuebles que radican en Francia (2).

1.591. Más racional es, ciertamente, el concepto que informa el sistema italiano; puesto que atendiendo á la ley personal del *de cujus*, la cual regula exclusivamente su sucesión, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que estén situados, se decide conforme á la misma, no sólo quién puede ostentar respecto al *de cujus* la cualidad de heredero forzoso, sino que, considerando todo el patrimonio como un *universitas* en cualquier lugar donde estén situados los bienes hereditarios, determina además el importe de la legítima, ó sea la parte del

(1) Véase, en conformidad de esto, Cass. rej., 4 Marzo 1857 (*Dalloz*, 1857, I, pág. 102).
(2) Confr. Trib. civ. de la Seine, 21 Mayo 1879 (*Journal de Droit intern. privé*, 1879, pág. 599).

patrimonio del difunto, de que éste no pudo disponer, y que recogerán los herederos de la sangre. Tal sistema es el más racional, porque mantiene íntegro el concepto esencial de la legítima, que es el derecho hereditario de los parientes en línea recta, garantizado por la ley respecto á una determinada porción de bienes, contra la liberalidad de aquel á cuya sucesión son llamados por la ley. La legítima, por lo tanto, no representa otra cosa que un derecho de sucesión *abintestato*. El patrimonio de toda persona que deja herederos forzosos se divide de pleno derecho en dos partes, de las cuales una constituye la parte disponible libremente y la otra la legítima. La transmisión de la primera se encuentra en el campo de la autonomía del disponente; la de la segunda tiene lugar *ope legis* y se atribuye, independientemente de la voluntad del *de cujus*, á los herederos forzosos colectivamente. Así las cosas, ¿puede por ventura admitirse que el derecho hereditario basado en relaciones de sangre, dependa, respecto á la misma persona, de la circunstancia de que los bienes que constituyen su patrimonio se encuentren en este ó en aquel país, y que sea diverso según se trate de bienes muebles ó inmuebles? Considerando que tal derecho debe entenderse fundado en las relaciones de parentesco, bien se derive de la ley que regula y sanciona los derechos que de tales relaciones se deducen, ó bien, como otros sostienen, de la presunta voluntad del difunto, teniendo en cuenta sus naturales afecciones, ¿es admisible que deba fraccionarse y depender de circunstancias contingentes que no ejercen influencia alguna importante sobre la unidad y la individualidad natural de la relación misma? Hasta los jurisconsultos franceses reconocen la anomalía del sistema legislativo en vigor aun en Francia en virtud de la doctrina tradicional, pero no ciertamente racional (1).

En el sistema italiano se procede, sin duda, de un modo mucho más lógico. Considerando, en general, la unidad del derecho hereditario; la del patrimonio; la de la ley reguladora cuando llega el caso de determinar la legítima y la parte dis-

(1) Confr. Renault, *De la succession des étrangers en France* (*Journal de Droit int. privé*, 1875, pág. 332, nota 3).

ponible; teniendo en cuenta que todo se reduce á fijar los derechos de los herederos consanguíneos respecto al patrimonio del difunto, y á establecer la parte de los bienes de que éste podía disponer según su ley personal, el Magistrado italiano, cuando sea llamado á ello y se estime competente, debe formar la masa activa del patrimonio, sin tener en cuenta la naturaleza de los bienes ni el lugar donde se hallen, con el único fin de calcular el importe de la legítima. Este es uno de los casos en que encuentra justa aplicación la máxima sancionada por el patrio legislador en el artículo 8.° del título preliminar, como hemos dicho antes (1).

Se puede discutir si la ley reguladora debe ser la del Estado de que el *de cujus* era ciudadano, la de su domicilio de origen ó la de su domicilio de hecho, y admitir uno ú otro de los dos sistemas, sin violar los principios fundamentales; pero no es aceptable, ciertamente, el sistema francés sin conculcar de un modo manifiesto los expresados principios.

1.592. Todo lo que hemos venido diciendo hasta aquí, debe servirnos también para determinar la porción de legítima establecida por la ley en consideración á los herederos legítimos, como son los ascendientes, el cónyuge supérstite y los hijos naturales. En el sistema francés se admite, en general, que, así como la ley que regula la transmisión de los inmuebles tiene el carácter de estatuto real, el caudal disponible respecto á los herederos reservatarios debe permanecer, en todo, sometido á la *lex rei sitae*, en lo que se refiere á los inmuebles existentes en territorio francés. Nosotros, por el contrario, atendiendo á que las restricciones impuestas á la disponibilidad de los bienes en interés de ciertas personas y en consideración á sus relaciones personales con el testador, se fundan en las relaciones de familia, entendemos que el legislador á quien compete regular tales relaciones y proteger los derechos y los intereses de las personas que constituyen la familia, debe regir también la parte de los bienes reservada á cada uno de los herederos legítimos. Por lo que reconocemos el carácter del esta-

(1) Véase tomo V, § 1.314, pág. 71.

tuto personal, en toda disposición legislativa que fije la parte disponible, respecto á los hijos legítimos, á los hijos naturales, al cónyuge y á los ascendientes.

Es natural que, para ser consecuentes, admitamos la necesidad de referirse á la misma ley reguladora de la sucesión, para decidir lo relativo á la devolución de la legítima y de sus efectos respecto á los derechos que competen á los reservatarios y á las acciones que éstos pueden ejercitar, al orden de suceder de los herederos legítimos y sus obligaciones, á las consecuencias de la renuncia á la sucesión y al derecho de acrecer, y á las acciones que los herederos legítimos pueden hacer valer para conseguir la reducción de las disposiciones testamentarias que traspasen la porción de los bienes de que el *de cujus* podía disponer á título gratuito, con el objeto de que sean declaradas ineficaces hasta dejar libre el importe de la legítima.

1.593. Pueden en tal caso surgir controversias, tanto acerca de la naturaleza y del carácter de los actos realizados por el *de cujus* durante su vida, como respecto á las consecuencias de la acción de reducción de las donaciones, por parte de los herederos legítimos. Para resolver esta cuestión no se puede aplicar siempre la ley que reglamente las sucesiones, sino que es necesario tener en cuenta los principios ya expuestos relativos á los hechos jurídicos llevados á cabo bajo el imperio de la ley extranjera, y los que expondremos más adelante cuando tratemos de las donaciones. Se puede, por ejemplo, dudar si considerando la naturaleza y el carácter del hecho realizado por el *de cujus* durante su permanencia en país extranjero, debe reputarse éste como una verdadera donación ó como acto de enajenación á título oneroso. Para resolver tal duda convendrá atenerse á la ley bajo cuyo imperio el hecho jurídico tuvo existencia y se perfeccionó, y no á aquella en que el heredero legítimo funde su acción de reducción. Cuando se trate de determinar la naturaleza y el carácter de un acto ó hecho jurídico, será necesario referirse á la ley bajo cuyo imperio se le dió ser, y no se podrá invocar ley diversa para atribuir á aquél otra naturaleza y otro carácter.

Por lo que respecta á la verdadera donación, aunque se hubiese hecho, no á beneficio del coheredero, sino de un tercero

que no concurra á la sucesión, no se podría admitir la autoridad de la ley reguladora de la sucesión para aminorar en su virtud los derechos adquiridos por el tercero, donatario, bajo el imperio de la ley extranjera.

1.594. Las leyes de ciertos países limitan también, en consideración á la condición de las personas, la porción de los bienes de que se puede disponer por testamento. Así, el legislador francés en el art. 904, estatuye que el menor que sólo está autorizado para testar cuando haya cumplido los dieciseis años, desde tal edad puede hacerlo disponiendo únicamente de la mitad de los bienes de que, según la ley, disponen libremente los mayores de edad. En virtud de lo expuesto, se encuentra sancionada una ley excepcional relativa á la disponibilidad de los bienes (1).

En Francia se acepta generalmente, merced á la teoría tradicional, que la mencionada regla es aplicable también á los menores extranjeros, distinguiendo la naturaleza de los bienes, y por consiguiente, se atribuye valor á la regla limitativa respecto al menor extranjero que, mediante testamento, quiera disponer de los inmuebles existentes en territorio francés, siempre por el irracional principio de que toda ley relativa á esta materia tiene el carácter de estatuto real. Nosotros sostenemos, por el contrario, que del mismo modo que la porción de bienes de que se pueda disponer debe depender de la ley reguladora de la sucesión, se aplicará ésta para resolver toda controversia respecto á la parte disponible, y entendemos, por tanto, que depende de la ley personal del *de cujus*.

La soberanía del territorio donde se encuentran los bienes que son objeto de la disposición testamentaria, sean muebles ó inmuebles, no tiene ninguna importancia en lo que se refiere á limitar el derecho de disponer, atribuído por la propia ley per-

---

(1) Decimos relativa á la parte de los bienes de que se puede disponer, porque sólo de este modo nos parece que debe entenderse la disposición del Código francés. Si se quisiera entender como limitativa de la capacidad, no tendría sentido, supuesto que no se explicaría cómo el legislador francés podría conceder al menor la mitad de la capacidad.

sonal al hombre que haya cumplido una edad determinada. ¿Acaso puede encontrarse en la disposición limitativa, una regla de orden público que la haga aplicable hasta á los menores extranjeros? Es más racional admitir que no sólo la capacidad de cada uno para hacer testamento ha de sujetarse á la propia ley personal, sino que también la de disponer de ésta ó la otra cantidad debe subordinarse á la ley misma. Por consiguiente, aceptamos que el menor francés, llegado á la edad de dieciseis años, que deje á su muerte tres hijos, no puede disponer más que de los siete octavos de su patrimonio, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que lo constituyan y en cualquier lugar en que se encuentren, y que el menor italiano que haya cumplido los dieciocho años, debe tener el derecho de disponer hasta de la mitad de sus bienes, sea cualquiera el número de hijos que deje á su fallecimiento, en conformidad con lo establecido por la ley italiana. Creemos, por lo tanto, que la disposición testamentaria del menor de dieciocho años, conforme á la ley italiana, será considerada siempre eficaz; debiéndolo ser del mismo modo en Francia, no obstante la teoría tradicional. En la actualidad, á pesar del anormal sistema, la disposición del menor de dieciocho años, italiano, debe reputarse eficaz en Francia, por lo menos en lo que respecta á los bienes muebles, ya que no existe razón alguna de orden público para sostener la aplicabilidad á los menores extranjeros, de la regla sancionada por el legislador francés en el artículo 904.

1.595. Vamos ahora á examinar el valor de la disposición testamentaria, teniendo en cuenta las personas á cuyo favor se hace.

El legislador italiano limita la facultad de disponer á favor de ciertas personas. Así el art. 770, reduce la porción que el que se casa en segundas nupcias puede dejar á su nuevo cónyuge, la cual no podrá exceder de la que hubiese dejado al menos favorecido de los hijos del anterior matrimonio (1). En los artículos 771 y 772, declara de ningún efecto la institución y

(1) Confr. Cód. francés, art. 1.098; portugués, 1.235; español, 1.331, y holandés, 949.

los legados á favor del Notario ó de otro oficial civil, militar, marítimo ó consular, que haya autorizado el testamento público, y de la persona que escribiera el testamento secreto (1). Asimismo, considera también sin efecto las disposiciones testamentarias hechas por el administrado en favor del tutor, antes de la aprobación de las cuentas definitivas de la tutela. El legislador francés en el art. 909, dispone que los Doctores en Medicina ó en Cirugía, los oficiales de Sanidad y los farmacéuticos que hubiesen cuidado á una persona durante su última enfermedad, no pueden aprovecharse de las disposiciones testamentarias hechas en su favor, durante el curso de tal enfermedad, y comprende en estas disposiciones á los ministros del culto (*a*).

Los escritores consideran tales disposiciones como limitativas de la capacidad de disponer ó de recibir. A nosotros nos parece que la ley no se refiere á la capacidad, sino que regula la eficacia de la disposición testamentaria en consideración á las relaciones y á los vínculos existentes entre el disponente y la persona en cuyo favor se hace. Dándole el carácter de cuestión de capacidad, se discute, naturalmente, si en la hipótesis de que el *de cujus* sea ciudadano de un Estado y el beneficiado extranjero, será necesario atenerse á la ley del disponente ó á la del sucesor para decidir acerca del valor jurídico de la misma disposición.

1.596. Realmente nosotros hemos dicho que la ley que regule la delación de la herencia debe regular también la capacidad del sucesor (2), y por consiguiente, aun queriendo

---

(1) Confr. Cód. francés, art. 995; portugués, 1.772 y 1.773; español, artículo 754; holandés, 954, y mejicano, 3.299.

(*a*) El Código civil español declara sin efecto las disposiciones testamentarias á favor del sacerdote confesor durante la última enfermedad del testador, de los parientes de dicho confesor hasta el cuarto grado inclusive, de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto; del tutor por el pupilo, antes de aprobarse las cuentas definitivas; del Notario que autorice el testamento, su esposa, parientes y afines dentro del cuarto grado, y de los testigos del testamento.

(2) Véase §§ 1.419 y siguientes.

encontrar en este particular una controversia relativa á la capacidad, nos veremos obligados á sostener que la ley que gobierne la transmisión de la herencia, debe aplicarse también para resolver la cuestión propuesta, esto es, si ciertas y determinadas personas habrían de reputarse ó no capaces de recibir la herencia hecha en su favor por el disponente. Pero, en verdad, no nos parece que las reglas antedichas hayan de considerarse como limitativas de la capacidad de disponer ó de recibir. Estas no regulan el estado y las condiciones personales; conciernen más bien á la eficacia de la disposición testamentaria, teniendo en cuenta las relaciones personales existentes entre el disponente y el beneficiado, vínculos que el legislador ha podido estimar ó no como susceptibles de privar á la declaración de última voluntad del carácter esencial de libertad y de espontaneidad, requisito indispensable para atribuirle fuerza jurídica según la ley. Ahora bien, considerando así la cuestión y teniendo en cuenta, según dejamos expuesto, que la ley que regula la transmisión de la herencia debe aplicarse para decidir acerca de la fuerza jurídica de la declaración de voluntad por parte del disponente á fin de dar lugar á la sucesión testamentaria, nos parece claro que en esta materia todo debe depender de la ley que regula la sucesión y el valor intrínseco de la disposición testamentaria. No es el caso de discutir, dado que sea diversa la regla sancionada por la ley personal del disponente y por la de la persona beneficiada, si precisa referirse á una ó á otra para decidir la controversia que nazca; ya que como toda la cuestión se reduce á determinar la fuerza jurídica y la validez intrínseca de la disposición testamentaria, es indispensable atenerse á la ley que debe gobernar la transmisión de la herencia y la fuerza jurídica de la declaración de última voluntad, para decidir si ésta puede ó no tener un valor jurídico como tal.

Aplicando estos principios se deduce que, tratándose, por ejemplo, de determinar la eficacia de un legado hecho por un francés en favor de un médico italiano que le haya asistido durante su última enfermedad, se debería considerar nulo éste en virtud de la disposición sancionada por el legislador fran-

cés en el artículo 909 y por la dictada por el italiano en el artículo 8.° del título preliminar, que dice que la intrínseca validez de las disposiciones testamentarias debe regularse por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate.

De nada serviría alegar que el médico italiano no es incapaz de recibir el legado hecho en su favor por el difunto á quien ha cuidado durante su última enfermedad, supuesto que aquí no se trata de saber si debe ser ó no reputado capaz, conforme á su ley personal; se trata únicamente, de saber si la disposición testamentaria es ó no considerada eficaz, y como para decidir esta cuestión es necesario atenerse á la ley francesa, á fin de establecer, conforme á la misma, la intrínseca validez de la disposición, resulta lógico que debe tenerse por ineficaz y de ningún efecto, merced á la máxima sancionada por el legislador francés en el artículo 909.

Aplicando los principios expuestos, se pueden resolver igualmente las controversias acerca de la eficacia de las disposiciones testamentarias en favor de la mujer de quien haya contraído segundas nupcias, del tutor, del ministro del culto, etc. (1).

1.597. Por lo que se relaciona con las disposiciones de última voluntad á favor de las Corporaciones, nos atenemos á lo que dijimos respecto á su capacidad para adquirir por sucesión testamentaria (2). Sólo advertiremos que cuando, según la ley territorial, la eficacia de la disposición testamentaria á favor de una Corporación se subordinase á la autorización del Gobierno ó á otra formalidad, convendría atenerse á cuanto establece sobre el particular dicha ley, siempre que se tratara de atribuir efecto y eficacia á la disposición testamentaria en favor de las mismas.

Con los principios dichos se resuelven las demás controversias sobre el valor de la disposición testamentaria en lo que se relaciona con las personas beneficiadas. Será preciso siempre ate-

(1) Confr. Brocher, *Cours de Droit int. privé*, t. II, pág. 20; Laurent, *Droit civil intern.*, t. VI, § 209; Despagnet, *Droit intern. privé*, tercera edición, § 390; Rolin, *Dr. int. privé*, t. II, núm. 803; Diena, *Sulla legge regol. della capacitá di succedere* (*Archivio giuridico*, vol. LVIII).

(2) Véase el cap. VIII, § 2.°, en el tomo V, pág. 278.

nerse á la ley reguladora de la sucesión para determinar la fuerza jurídica de la disposición, su eficacia y tener en cuenta la ley del lugar donde aquélla ha de producir sus efectos, cuando se requiriesen formalidades especiales, ó se hubiesen establecido reglas determinadas para cumplirla. Así, por ejemplo, en el caso de disposiciones para obras pías ó en favor de los españoles pobres, hechas por un italiano domiciliado en España, sería indispensable aplicar las reglas sancionadas en los artículos 747, 748 y 749 del Código español, para que produjesen sus efectos.

1.598. Pudiera acontecer que el disponente, queriendo beneficiar á uno más allá de lo que consienten las leyes, y dejarle una porción de bienes superior á la fijada como disponible, por la ley misma, lo hiciera de una manera encubierta, ó le dejase el legado por medio de un tercero, á fin de traspasar la porción de bienes de que puede disponer en favor de la misma persona. En tal caso, se necesitaría también atenerse á la ley reguladora de la sucesión, para decidir, tanto el valor jurídico de la liberalidad encubierta, como los medios de prueba admisibles para demostrar que la disposición hecha en favor de la persona designada en el testamento, era sólo aparente y que en realidad se destinaba á beneficiar á otra.

El legislador italiano establece en el artículo 829 que la disposición testamentaria hecha en favor de una persona determinada en el testamento, debe tenerse por válida y eficaz, y que no se admite prueba alguna para demostrar que tal designación es sólo aparente. En el Código francés no se encuentra una disposición equivalente. En el artículo 1.099, sin embargo, se preceptúa que las liberalidades encubiertas, ó á favor del nuevo cónyuge por medio de terceras personas, son nulas, es decir, están atacadas del defecto de nulidad en su conjunto, cuando se hayan hecho con el fin de exceder de la porción disponible fijada por la ley (*a*).

(*a*) En el Código español se declaran sin efecto las disposiciones que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador. (Art. 785 número 4.º)

En general, admitimos la necesidad de atenerse á la ley reguladora de la sucesión, para decidir respecto al valor de la disposición testamentaria que tenga el carácter de fiduciaria. Se tratará siempre, en efecto, de determinar el contenido jurídico de la disposición misma, y para ser consecuentes, sostenemos que todo debe depender de la ley que ha de regir la declaración de la herencia y la validez intrínseca de la disposición testamentaria. Precisa, además, tener en cuenta lo que hemos dicho antes refiriéndonos al caso de que la disposición encubierta, ó la hecha por medio de tercera persona, tienda á beneficiar á uno que, según la ley reguladora de la sucesión, sea incapaz de recibir el legado (1).

1.599. Vamos ahora á examinar la fuerza jurídica de las disposiciones testamentarias que tengan el carácter verdadero y propio de sustitución directa ó indirecta. Tal carácter puede atribuirse en general á aquellas en que sea llamado un tercero á recibir el legado á falta de la persona designada en primer lugar que no pueda ó no quiera aceptarlo, al espirar el término, al realizarse una condición ó á la muerte de la persona beneficiada. En el primer caso, la sustitución se llama directa ó vulgar, y en el segundo, indirecta ó fideicomisaria. Esta última da lugar al fideicomiso, el cual se entiende constituído en virtud de la disposición con que el disponente, al beneficiar al heredero ó al legatario, le impone la condición de conservar la cosa dejada ó legada y de restituirla á una tercera persona. Según ciertas leyes, tal carácter se atribuye solamente á la disposición que fija la obligación de restituir la cosa desde el momento de la muerte del sustituído, y así sucede con la francesa y la italiana (*a*).

En lo que se refiere al valor jurídico de la sustitución, teniendo en cuenta la ley que debe regularla, conviene distinguir la validez intrínseca de la disposición por la que el testador llama á otras personas á recoger el legado en segundo lugar, en

(1) Véase §§ 1.432 y 1.433.

(*a*) En el Código civil español no se fija esta limitación, por lo cual son posibles los llamamientos fideicomisarios por tiempo determinado, no dependiente de la muerte.

tercero ó en más, en el caso de que falte (porque no pueda ó no quiera), la persona llamada en primer lugar; y la eficacia de la disposición misma respecto á los bienes, en el caso de que el testador haya impuesto al beneficiado la obligación de conservarlos para su restitución á la persona designada por él, al espirar un término ó en el momento de su muerte.

Las leyes de todos los países no están de acuerdo en este punto. Algunas permiten las sustituciones directas dentro de ciertos grados; otras admiten, también dentro de ciertos grados, los fideicomisos; otras prohiben en absoluto toda forma de sustitución fideicomisaria; y son diversos los criterios establecidos, según cada ley, para determinar los caracteres de la disposición fideicomisaria, y también para fijar el valor jurídico de ésta respecto al instituído y al sustituto (1).

Nuestro Código, por ejemplo, no admite la sustitución pupilar, sino solamente la vulgar, y ésta puede tener lugar de un modo indefinido, sustituyendo muchas personas á una sola y una sola á muchas (2). Prohibe, por el contrario, terminantemente la sustitución fideicomisaria (3), esto es, aquella en virtud de la cual, el heredero ó el legatario, está obligado de cualquier modo á conservar y á restituir á un tercero, en el momento de su muerte, los bienes que el testador le ha dejado. El legislador dispone, no obstante, que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no prejuzga la validez de la institución de heredero ó de legatario á la cual va unida, y declara además sin efecto todas las sustituciones aunque sean de primer grado (4). El Código francés, con distinto criterio, en el caso de verdadera y propia sustitución fideicomisaria, la declara nula con respecto al instituído y al sustituto (5), admitiendo como válida la sustitución de primer grado (6). A semejanza del Código italiano,

---

(1) Según el Derecho francés, una sustitución á término ó condicional en el sentido determinado por los principios del Derecho romano, no constituye necesariamente una sustitución fideicomisaria.

(2) Art. 895.

(3) Art. 899.

(4) Art. 900.

(5) Art. 896.

(6) Art. 1.048.

no atribuye el carácter de verdadera y propia sustitución fideicomisaria, más que cuando la obligación de restituir se ha impuesto á la persona beneficiada para el momento de su muerte, por lo que el fideicomiso condicional, en el sentido que lo entendió el Derecho romano, no constituye necesariamente una sustitución fideicomisaria conforme al espíritu del Derecho francés. Igualmente ocurre en el sistema que informa al Código italiano, en el cual puede existir institución de heredero que no constituya ciertamente fideicomiso, aunque se haga bajo condición resolutoria (1), y también oposición de términos en las disposiciones á título particular (2), en virtud de la cual el beneficiado venga obligado á restituir en el término fijado, y en el caso de que la restitución deba tener lugar antes de la muerte del beneficiado, la disposición se considera á plazo, y no fideicomisaria.

1.600. Sentadas estas nociones, observamos que la ley que permite ó prohibe el fideicomiso, tiende principalmente á amparar los intereses generales y á realizar los fines políticos relacionados con la organización de la propiedad, ó manteniendo el régimen aristocrático con los criterios de la vieja monarquía y conservando los bienes en la familia para sostener con todo su prestigio la aristocracia misma, ó llevando á la práctica el régimen de la igualdad, sin privilegios, entre los hijos de un mismo padre, y promoviendo la libre circulación de los bienes para conseguir las ventajas económicas que se derivan del comercio de los mismos. Ahora bien, como la principal causa de esto radica en la vida política del Estado y en los intereses generales de la colectividad, resultará evidente que la ley abolitiva del fideicomiso debe tener el carácter de estatuto real.

Es preciso, pues, decidir de conformidad con la ley territorial, acerca de la eficacia de la disposición testamentaria que contenga una sustitución prohibida por la ley. Es este uno de los casos en que se debe admitir como absoluta y exclusiva la autoridad de la *lex rei sitae*. Se determinará desde luego, con-

(1) Véase lo expuesto anteriormente.
(2) Art. 856.

forme á ella, si atendiendo á la forma de la disposición, ha de atribuírsele ó no el carácter de la sustitución fideicomisaria (1), y cuándo la sustitución ha de considerarse prohibida en lo que constituye el fideicomiso. Aun en la hipótesis de que conforme á la ley reguladora de la sucesión, la disposición pudiese tener el carácter de fiduciaria impropia, como sería, por ejemplo, cuando el testador hubiera llamado á uno á administrar los bienes para entregarlos á la persona por él designada para adquirirlos como heredera ó legataria, siempre que la disposición hecha en tal forma no adoleciera de nulidad según la ley reguladora de la sucesión, debería admitirse que el Juez del Estado donde radicasen los bienes, se atendría á los criterios distintivos establecidos por la ley y la jurisprudencia, para decidir si dicha disposición era un fideicomiso desfigurado, y para declarar aplicable la disposición prohibitiva sancionada por la ley territorial.

Consideramos, por el contrario, aplicable la ley reguladora de la sucesión, para decidir el valor jurídico de la misma respecto al instituído y al sustituto.

En el sistema italiano, por ejemplo, estando proscrito el fideicomiso, aun de primer grado, no sería eficaz la disposición testamentaria de un extranjero, aunque fuese válida según su ley nacional, dado que en virtud de ella el *de cujus* hubiese querido vincular los bienes existentes en territorio italiano, imponiendo su conservación para que se restituyeran á su muerte. La prohibición absoluta del fideicomiso, sancionada en el art. 899, debe imponer su autoridad *erga omnes*, porque la ley que lo prohibe tiene el carácter de estatuto real y el Juez italiano está obligado á aplicarla, excluyendo la autoridad de la ley extranjera. Según el artículo 12, en efecto, no pueden jamás derogarse las leyes prohibitivas del Reino que se refieran á los bienes. Suponiendo que ante el Magistrado italiano se suscitase la cuestión de si la sustitución fideicomisaria hecha por un francés se tendría por válida ó nula respecto al instituído y al sustituto, ¿podría, acaso, el Juez italiano considerarla válida respecto al

(1) Véase § 1.582.

instituído en atención á lo dispuesto en el artículo 900 del Código civil italiano? No ciertamente, á nuestro modo de ver, porque la disposición de que hablamos, sancionada por el patrio legislador en el mencionado artículo, no tiene por fundamento el interés social que concierne al régimen de los bienes, y, por lo tanto, no se está en el caso de atenerse á la *lex rei sitae*, sino que más bien debe desplegar su autoridad soberana la ley reguladora de la sucesión.

Por consiguiente, de acuerdo con la regla sancionada por el legislador italiano en el artículo 8.° y por la del artículo 896 del Código civil francés, la disposición debe considerarse nula respecto al instituído y al sustituto.

Sin entrar en otros particulares, terminaremos diciendo que para decidir sobre el valor jurídico de las sustituciones se deberá aplicar la ley reguladora de la sucesión, siempre que se trate de determinar su eficacia respecto á las personas llamadas y sustituídas por el disponente; y que, por el contrario, se aplicará la *lex rei sitae* para fijar la eficacia de la misma, teniendo presente su carácter, su naturaleza y sus efectos, en relación con los bienes inmuebles que son objeto de la disposición.

CAPÍTULO XIII

De la ejecución del testamento.

1.601. Ejecución del testamento según las leyes civiles.—**1.602.** Testamento hecho en país extranjero.—**1.603.** Principios generales para su ejecución.—**1.604.** Derecho positivo acerca de los testamentos auténticos.—**1.605.** Testamentos ológrafos ó místicos.—**1.606.** Ejecución en Italia de un testamento ológrafo publicado en Francia.—**1.607.** Ejecución voluntaria de un testamento impugnable.- **1.608.** Albaceas.—**1.609.** Reglas acerca de la eficacia del nombramiento.—**1.610.** Poderes y atribuciones del albacea.—**1.611.** Ley que debe regular el ejercicio de sus derechos.—**1.612.** El albacea puede obtener la posesión de los bienes hereditarios.—**1.613.** Cómo debe proceder en los actos de albaceazgo y de conservación de los bienes.—**1.614.** Derechos de los cónsules para la ejecución de los testamentos y las medidas de conservación.—**1.615.** No les corresponde ejercer actos de imperio.—**1.616.** Caso en que se halle interesado en la sucesión un ciudadano del Estado.—**1.617.** Régimen de los Tratados.—**1.618.** ¿Puede el cónsul oponerse á la ejecución de un testamento?—**1.619.** El *trust* y su carácter según el Derecho inglés.—**1.620.** A los *trustees* pueden aplicarse las reglas de los albaceas.—**1.621.** Derechos y obligaciones del albacea con relación á los herederos.—**1.622.** Validez de la venta hecha por el mismo.—**1.623.** Opinión de Laurent y observaciones críticas.—**1.624.** Ejecución del testamento respecto á los legatarios.—**1.625.** Aplicación de los principios en el caso de sucesión francesa é italiana.—**1.626.** ¿Puede un tribunal ordenar la exhibición de un testamento público existente en el extranjero?

1.601. Todo testamento que reuna los requisitos de forma, y que deba considerarse válido y eficaz según los principios expuestos anteriormente, se ejecutará á petición de cualquier persona interesada (1).

(1) Sabiamente dice Ulpiano que el testamento pertenece á todos

Las leyes de los diversos países sancionan las reglas que se refieren á la ejecución de los testamentos, determinando ante todo las formalidades requeridas para que puedan ser ejecutados, y las autoridades competentes para decretar su cumplimiento, regulando después los derechos y las acciones que competen á los interesados para promover la efectividad de las disposiciones testamentarias y las medidas de conservación necesarias para asegurar la completa ejecución de los legados.

El legislador italiano no se ocupa particularmente del testamento ante Notario, porque teniendo el requisito de la autenticidad, no necesita más formalidades para ser ejecutado. Los interesados pueden conocerlo por medio del Notario, y su fuerza ejecutiva se regula por los principios del derecho común relativos á los actos auténticos.

Pero el legislador regula la ejecución de los testamentos ológrafos y secretos, estableciendo en los arts. 912 y siguientes la manera cómo deben elevarse á escritura y las formalidades que han de observarse á fin de que puedan ser ejecutados, por lo que no es preciso que entremos en más particulares.

El legislador francés se ocupa de este asunto en el artículo 1.007, modificado por la Ley de 25 de Marzo de 1899, y en el artículo 1.008 del Código civil. Según estos preceptos, el cumplimiento de las formalidades prescritas es indispensable para el ejercicio de toda acción y de todo derecho fundado en el testamento.

En la legislación inglesa se encuentra establecida una jurisdicción especial para atribuir fuerza ejecutiva al testamento, *Court of probate* (especie de Audiencia destinada á la comprobación de los testamentos). Compete á dicha Corte comprobar el testamento antes de ordenar que se ejecuten las disposiciones de última voluntad del testador, y á tal acto de comprobación se le da el nombre de *probate*, que corresponde, en cierto

---

los interesados: «*Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est haeredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum* (L. II Dig., princ. *Testam. quemadmodum aperiantur.*, XXIX, 3).

modo, al que, conforme al Derecho italiano, se denomina *homologación*. Así como ésta es la condición *sine qua non* para que tengan ejecución los actos que la requieren, el *probate*, ó la comprobación del testamento, es, según el Derecho inglés, la condición á la que está subordinada la ejecución de las disposiciones testamentarias relativas á los bienes muebles ó á los *chattels real* (1).

1.602. En la materia objeto de nuestro estudio, las controversias relativas á la ejecución de los testamentos, presentan un carácter completamente especial. Las dificultades nacen, en efecto, siempre que el interesado reclama el reconocimiento de sus derechos en virtud de un testamento otorgado en país extranjero. Puede muy bien ocurrir que el testamento deba ser ejecutado en el lugar mismo en que se haya abierto la sucesión, y también que el testamento hecho en el extranjero tenga que presentarse, para poner en ejecución la disposición testamentaria, en donde se encuentren los bienes, ó para hacer valer, frente á los herederos ó á los terceros, los derechos que competen al que haya sido beneficiado por el *de cujus*. En estas circunstancias no basta que el testamento se haya publicado observando las formalidades prescritas en el lugar donde se abrió la sucesión, supuesto que los actos otorgados en el extranjero y que pueden ejecutarse, merced á cuanto disponen las leyes allí vigentes, no tienen la misma eficacia en todas partes. La orden del Magistrado ó del funcionario competente, mandando que se dé ejecución á la disposición testamentaria, tiene siempre el carácter de acto imperativo ó de jurisdicción y, por lo tanto, debe, como tal, tener fuerza territorial, supuesto que el poder jurisdiccional y el imperio perteneciente á la soberanía, delegados por la misma á los funcionarios públicos (Notarios y Jueces), no pueden extenderse á un territorio sometido á la soberanía extranjera.

1.603. Es forzoso, por consiguiente, sostener, en principio, que cuando llegue el caso de poner en ejecución una dispo-

(1) Confr. Stat. 20 y 21, Vitt., cap. LXXVII.

sición de última voluntad contenida en un testamento hecho en el extranjero, se necesitará atenerse á las reglas generales que deben regular la ejecución de los actos otorgados en país extranjero. De donde se desprende que no basta que la autoridad extranjera competente haya comprobado el testamento y ordenado su ejecución, sino que es preciso también que las disposiciones prescritas por la ley del país donde el testamento se ponga en ejecución y que conciernen á la ejecución de los actos otorgados en el extranjero, se hayan observado. Es menester, por consiguiente, cumplir antes todo cuanto prescriba la ley territorial respecto á las formalidades extrínsecas de los actos cuya ejecución debe ordenarse, y que después se decrete la calidad ejecutoria del testamento por el funcionario competente, de acuerdo con la ley del país en que la disposición testamentaria haya de llevarse á efecto.

Las formalidades extrínsecas requeridas por la ley territorial, pueden referirse, por ejemplo, á la legalización de la firma y otras semejantes.

1.604. En el Código francés se encuentra una disposición especial relativa á los testamentos hechos en país extranjero, los cuales no pueden ejecutarse en Francia, respecto á los bienes allí existentes, si antes no han sido registrados (1). Se encuentra reproducida casi textualmente la disposición de este artículo en la ley del 11-23 de Febrero de 1830 del reino de Grecia, que en el artículo 62 establece la obligación de que se registren los testamentos hechos en país extranjero que deban tener ejecución respecto á los bienes existentes en Grecia.

En Italia se ocupa de ello la ley sobre registro de los actos (2), según la que, el heredero ó el legatario que quiera actuar en juicio ó ante los oficiales administrativos, debe denunciar la herencia ó el legado de que se trate, teniendo que exhibir para hacer la denuncia la copia legalizada del acto ó de los actos de

(1) Art. 1.000 del Código civil.

(2) Véase el texto único de las leyes sobre tasa de registro, publicado por Real decreto de 13 de Septiembre de 1874, núm. 2.066 (serie 2.ª).

última voluntad que regulan la sucesión, la cual se halla sujeta á la tasa de registro y á la de la sucesión (1).

Cuando llegue el caso de dar ejecución á un testamento auténtico hecho en país extranjero, no es suficiente la exhibición del acto que tenga los caracteres de autenticidad según la ley extranjera, supuesto que la fuerza ejecutiva atribuída por la ley á los mencionados actos se considera siempre limitada á los confines del Estado en el cual impere la soberanía que atribuye al acto auténtico la pública fe y la fuerza ejecutiva. Conviene, pues, que cuando se quiera ejecutar un testamento otorgado en país extranjero, se acuerde el *exequátur* por la autoridad territorial competente del Estado donde la disposición deba tener su ejecución.

El legislador italiano regula la fuerza ejecutiva de los actos auténticos otorgados en país extranjero, en el art. 994 del Código de procedimientos, y dispone que aquélla debe atribuirse á los mismos por el Tribunal civil del lugar donde el acto se ha de ejecutar, previo un juicio sumario conducente á comprobar el carácter de autenticidad del acto y á examinar si su contenido implica ofensa á los principios de orden público territorial. Tal disposición, referente á todos los actos auténticos otorgados en país extranjero, debe aplicarse al testamento, cuando en su virtud el heredero ó legatario quiera proceder á su ejecución respecto á los bienes muebles é inmuebles existentes en Italia.

Conviene, pues, advertir que aun cuando el testamento hecho en país extranjero, tenga según la ley extraña, el carácter de título ejecutivo, esto es, que pueda ponerse en ejecución tanto respecto á los bienes muebles como á los inmuebles, tal carácter no puede ser suficiente en el territorio de otro Estado, sino que es preciso que la autoridad territorial competente le atribuya fuerza ejecutiva, en el modo y forma por ella sancionadas. Es claro, que si según la ley del país donde no se otorgó el testamento, éste no puede tener la fuerza que un título eje-

(1) Arts. 68 y 70 de la citada ley ó 69 y 71 del Real decreto de 20 de Mayo de 1897, núm. 217, que contiene el texto único de las leyes sobre tasa de registro.



cutivo, sino mediante un decreto del Juez ó después de haber observado otras formalidades prescritas por la ley del Estado, sería necesario ante todo que la fuerza ejecutiva del testamento extranjero se integrase de acuerdo con la ley del lugar donde la sucesión fué abierta, y que, cuando después se le quisiera poner en ejecución en otro país, se le atribuyera la fuerza de título ejecutivo por la autoridad territorial competente.

1.605. En cuanto á los testamentos extranjeros que no tengan carácter de autenticidad, como son los hechos en forma ológrafa, mística ó de otra clase, conviene advertir que para poderlos ejecutar es necesario, ante todo, que las formas prescritas por la ley del lugar donde fué abierta la sucesión, hayan sido debidamente observadas. Por consiguiente, para que los herederos ó legatarios puedan fundar sus derechos en un testamento ológrafo ó místico, hecho en país extranjero, deben comenzar por observar las formalidades prescritas para la ejecución del testamento según la ley del lugar donde fué abierta la sucesión. Cuando conforme á tal ley se negase al legatario ó al heredero toda acción fundada en la disposición testamentaria antes de observar las formalidades prescritas para la protocolización del testamento, no se podría ciertamente sostener que este heredero ó legatario pretendiera hacer valer los derechos de sucesión testamentaria, respecto á los bienes del *de cujus* existentes en país extranjero.

Téngase, por lo tanto, en cuenta que para pedir la ejecución de una disposición testamentaria, en virtud de testamento hecho en el extranjero, es menester ante todo que pueda ser ejecutado conforme á la ley del lugar en donde se abrió la sucesión.

Establecido esto, pueden llegar á realizarse dos hipótesis, á saber: que el derechohabiente reclame al obligado la ejecución de la disposición testamentaria y que éste se preste á ello sin oposición, en cuyo caso no existe cuestión alguna, ó que aquél se vea precisado á ejercitar una acción judicial. En tal hipótesis sería necesario atenerse á cuanto dispone la ley territorial, no sólo respecto á las formalidades extrínsecas, como serían las de registro y legalización de la firma (1), sino en conside-

(1) Pudiendo los cónsules autorizar los testamentos secretos ó

ración también á la ejecución de los actos de jurisdicción voluntaria por parte de los Magistrados extranjeros.

1.606. Supongamos, con ánimo de referirnos á un sistema de derecho positivo, que la sucesión se abriese en Francia y que se encontrase un testamento ológrafo. Este debe publicarse observando las formalidades prescritas por el Código francés para ponerle en ejecución. Convendrá, pues, atenerse al artículo 1.007 y á la Ley de 25 de Marzo de 1899. El testamento deberá presentarse al Presidente del Tribunal, que librará la orden de depósito, etc., y en el caso que previene el art. 1.008, podrá decretar hasta la toma de posesión, siempre que no haya oposiciones serias respecto á la ejecución del testamento. Dado, pues, que en virtud de tal decreto ú ordenanza los derechohabientes intentaran gestionar respecto á los bienes ó contra los obligados en país extranjero, sería indispensable que se atuvieran á la ley territorial, observando ante todo las disposiciones que conciernen al registro y al pago de derechos, y que hicieran, además, se declarase ejecutoria la orden del Presidente del Tribunal francés. por la autoridad correspondiente, según la ley territorial, para ordenar la ejecución de los actos que provienen del extranjero. El acto judicial del Presidente francés, en el caso que se supone. se encuentra entre los de jurisdicción voluntaria, y por consiguiente, será indispensable atenerse á las normas establecidas por la ley territorial para la condición ejecutoria de los actos de la misma especie de un funcionario extranjero. En Italia, por ejemplo, se ocupa de ello el artículo 944 del Código de Procedimientos civiles, aplicable para la ejecución de los decretos de jurisdicción voluntaria de la autoridad extranjera. Queriendo, pues, ser puesto en posesión en virtud de mandamientos extranjeros, ó ejercitar acciones judiciales á consecuencia del testamento declarado ejecutorio en Francia, será preciso presentarlo con el mandamiento de ejecución al Tribunal del lugar donde se quiera llevar á efecto la disposición testamentaria ó el mandamiento de toma de posesión. Corresponderá al Tribunal del Estado, com

---

el depósito de los ológrafos, es indispensable que la firma de los mismos se legalice, observando las reglas prescritas para este acto.

petente según la ley territorial, examinar sumariamente el acto, con el correspondiente decreto que se pretende ejecutar en nuestro Estado, bajo el punto de vista de su forma externa, del funcionario de que emana y de su contenido.

Por supuesto que lo que hemos dicho se refiere al caso en que se trate de proceder á la ejecución de la disposición testamentaria por medio de acción judicial, pues si se tratase solamente de exhibir en juicio el testamento extranjero, á fin de probar los derechos adquiridos en virtud de la sucesión allí abierta, y de la ejecución de la disposición testamentaria, bastaría presentarlo como título de prueba y no sería necesario juicio alguno, como en el caso en que se hubiera de decretar su ejecución. Bastaría solamente observar las prescripciones de la ley territorial que se refieren al registro de los actos y de los documentos que han de surtir efectos en juicio.

1.607. La ejecución de la disposición contenida en un testamento abierto y elevado á escritura en país extranjero, pueden cumplimentarla voluntariamente los obligados, y en tal caso pudiera tener aplicación la máxima sancionada en el art. 1.311 de nuestro Código civil, según el cual, la ejecución voluntaria de una disposición testamentaria, por parte de los herederos ó causahabientes del testador, implica la renuncia á alegar los vicios de forma y cualquiera otra excepción. Tal regla, que se encuentra igualmente en el artículo 1.340 del Código civil francés respecto á la donación, debe entenderse de un modo general, ó sea en el sentido de que es aplicable á los testamentos hechos en Italia é impugnables por defectos de forma ó por otras excepciones, y á los testamentos extranjeros.

El legislador italiano ha sancionado, en efecto, en el mencionado artículo, una regla general, á saber: que el que voluntariamente renuncia á hacer valer las excepciones establecidas en su favor por la ley, y ejecuta la disposición testamentaria en homenaje al respeto debido á la voluntad del difunto, no puede después ir contra sus propios actos. La relación jurídica, que es la consecuencia del hecho jurídico derivado de la ejecución voluntaria por parte del interesado que aun conociendo que ningún otro tenía derecho á exigirla, á pesar de ello, cumple la

obligación establecida en la disposición testamentaria, subsiste aun en lo que se refiere al testamento extranjero.

1.608. El testador puede tomar las medidas necesarias para asegurar la ejecución de sus disposiciones, confiando este encargo á una ó más personas, que él designa como ejecutores de su última voluntad. Estas personas se denominan albaceas, y los legisladores han determinado, con disposiciones especiales, las condiciones que deben reunir los que pueden ser nombrados, las facultades que se les confiere y las reglas con arreglo á las cuales han de ejercitar dichas facultades.

El albacea es una de las figuras jurídicas mejor delineadas en el derecho moderno y (según han establecido contestes la jurisprudencia y la doctrina), no puede ser considerado más que como mandatario del testador (1), nombrado con el propósito de que se cumplan y ejecuten sus disposiciones. El mandato que se les confiere, se distingue de los otros, en que comienza á tener efecto y es ejecutado después de la muerte del mandante, mientras que los mandatos ordinarios terminan con tal acontecimiento. No obstante esto, la esencia del acto no varía, supuesto que cuando el mandato se da para que sea ejecutado después de la muerte del mandante, debe valer en los términos en que está conferido (2). Se puede decir únicamente que el de que nos ocupamos no presenta los caracteres del mandato ordinario, supuesto que en todo vínculo convencional existe el concurso de dos voluntades, y aquí tal concurso no puede realizarse, ya que en el momento en que el albacea acepta y consiente

(1) «La comisión dada al albacea—dice Furgole—no es más que un verdadero mandato. Así se desprende claramente de su propia naturaleza». *Testam.*, cap. X, sec. 4.ª, núm. 13. Confr. Pothier, *Dom. testam.*, cap. V, sec. 1.ª, art. 3.º; Merlin, v.º *Exécuteur testamentaire*, núm. 2.º; Toullier, tomo V, núm. 577; Delvincourt, t. II, pág. 371; Duranton, t. IX, núm. 390; Marcadé, *Sur l'art. 1.025*; Troplong, t. III, núm. 1.991-1.992; Aubry et Rau, t. VII, § 711, pág. 447; Demolombe, t. V, núm. 5.º; Laurent, t. XIV, núm. 323; Max Vincent, *Des exécuteurs testamentaires*, página 113.

(2) Ulpiano, ley 12 § 17 Dig. *mandati vel contra*, XVII, 1; Gayo, ídem L. 13; Troplong, *Donat. et testam.*, art. 1.025; Zachariae, § 711; Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XIV, pág. 348, § 322.

realizar el mandato del difunto, éste ni tiene voluntad ni puede prestar su consentimiento. Es preciso, pues, calificarle de mandato *sui géneris*, teniendo presente que así como la personalidad del *de cujus* subsiste en cuanto es representada por su patrimonio, prevalece también su última voluntad de conferir á la persona designada, el mandato de asegurar la ejecución de sus disposiciones relativas al patrimonio, mandato que se perfecciona con la aceptación y la ejecución por parte del albacea.

En general, es preciso considerar que la ley reguladora de la sucesión debe gobernar también la figura jurídica del albacea y cuanto se refiere á las facultades que se le confieren, salvo siempre la autoridad de la ley del lugar donde haya de ejercer sus funciones en cuanto su ejercicio se halle sometido al imperio de esta última. No nos parece que se pueda admitir la autoridad exclusiva de la ley personal, alegando que todo esto pertenece al campo de la autonomía y que la *lex rei sitae* debe permanecer absolutamente extraña respecto al encargo que el testador hace á un amigo suyo para que vigile el cumplimiento de sus disposiciones (1). Cuando se esté en el caso de determinar dentro de qué límites puede aceptarse la autoridad de la ley personal del *de cujus* y de la del lugar donde estén situados los bienes, ó donde el albacea debe ejercer sus funciones como tal, es necesario distinguir el mandato considerado en sí mismo como acto de última voluntad del *de cujus*, y los efectos que pueden derivarse de su ejecución en las relaciones con los herederos, con los terceros, y respecto á los bienes situados en otros países.

1.609. La ley italiana (2) atribuye al testador la facultad de nombrar albacea, pero no lo considera obligatorio, y así sucede con la ley francesa (3), la española (4), la portuguesa (5) y otras. Según el Código germánico, el testador no sólo está facultado para nombrarle, sino que puede dar á un tercero este

---

(1) Confr. Laurent, *Droit civ. intern.*, vol. VII, núm. 109.
(2) Artículo 903.
(3) Artículo 1.025.
(4) Artículo 892.
(5) Artículo 1.885.

encargo ó disponer que lo designe el Tribunal (1). La ley inglesa, por el contrario, considera necesaria la figura del albacea, como hemos dicho anteriormente (2). Para decidir respecto á esta cuestión, conviene, pues, atenerse á la ley de la sucesión, del mismo modo que cuando se trate de determinar el valor jurídico del nombramiento del mismo.

En general, creemos que en el sistema de leyes que considera el nombramiento de albacea como una libre disposición de última voluntad, se debe juzgar indispensable para la eficacia del mismo, que como acto voluntario del testador tenga los mismos requisitos formales que cualquiera otra disposición de última voluntad.

Según la ley italiana no se considera indispensable que la designación de albacea se haga en el testamento (3). Es admisible nombrarlo en documento separado, supuesto que pudiéndose hacer eficazmente las disposiciones testamentarias en actos diversos, debe reputarse válida la que no contenga más que el nombramiento de albacea. Conviene sí que las formas requeridas para la eficacia de una disposición de última voluntad, no falten en la que tiene por objeto nombrar albacea, y para su validez, en lo que se refiere á la forma, es preciso tener presentes los principios ya desarrollados respecto á la de los testamentos (4). En el sistema de leyes que atribuyen á la autoridad judicial la facultad de nombrar albacea cuando no lo haya hecho el testador, debe considerarse eficaz el nombramiento debidamente hecho por el Juez en el caso de una sucesión sometida á la autoridad de tal ley (5).

Por lo que se refiere á las personas que pueden ser nombradas, conviene atenerse á su ley personal, pues aunque esté contenido el mandato en la última disposición del testador, no es del

(1) Arts. 2.197-2.200.

(2) § 1.292.

(3) Y lo mismo según la ley francesa; véase Zachariae, *Derecho civil francés*, § 711.

(4) Capítulo XI.

(5) Según la ley inglesa, el albacea puede ser nombrado por la Audiencia.

caso tener en cuenta la ley reguladora de la sucesión, para decidir quién pueda ó no ser nombrado albacea. Esta es, desde luego, una cuestión que concierne á la condición de la persona y á su capacidad para aceptar el mandato, y es necesario, por lo tanto, reconocer la autoridad del estatuto personal.

1.610. Vamos ahora á hablar acerca del fondo propiamente dicho de tal acto jurídico. Como el nombramiento del albacea tiende á la ejecución de las disposiciones de última voluntad, y por lo tanto á la realización de la sucesión testamentaria, aun considerando que el vínculo jurídico que se establezca tenga el carácter de mandato, y que deba someterse por analogía á las reglas que se refieren á este contrato consensual, no por eso hay que suponer que se puedan en todo y para todo aplicar á la ejecución testamentaria las reglas pertinentes al mandato y su ejecución. Se trata en síntesis de una comisión dada por el testador al albacea para hacer efectiva la sucesión testamentaria tal como él la estableció. Es indispensable, pues, para determinar el contenido del acto y las atribuciones del albacea, someterse á la ley reguladora de la sucesión que ha de regir los actos de última voluntad del *de cujus*. No es posible referirse á la ley del lugar en que se hizo el testamento, ni á la del país extranjero donde se encuentre la persona nombrada, que teniendo conocimiento de ello haya aceptado el encargo que se le ha confiado. Se trata de un mandato completamente especial y estrechamente relacionado con la sucesión, y no sería justo querer aplicar de un modo general y absoluto las reglas del mandato, puesto que, aun admitiendo la figura del mismo, ya que así se ha considerado por el derecho consuetudinario, no se le puede, ciertamente, calificar de mandato ordinario, debiendo más bien, según la misma tradición, denominarlo mandato *sui géneris*.

Como el encargo dado al albacea emana de la voluntal del disponente y descansa en la amistad que éste tiene con la persona á quien confía la ejecución testamentaria, conviene atenerse á la voluntad del testador; pero su libertad no será eficaz más que cuando no se oponga á la ley reguladora de la sucesión; por consiguiente, es necesario siempre completar su disposición,

conforme á la ley misma, en todo aquello que no haya declarado formalmente el testador. Se débe, pues, advertir en general que las facultades y atribuciones de los albaceas, deben apreciarse en conformidad con la ley que regula la sucesión. Será indispensable, por lo tanto, aceptar que en el sistema de leyes que sujeta la sucesión inmobiliaria á la *lex rei sitae*, no es procedente fundarse en el concepto de que el nombramiento del albacea depende de la voluntad y que está en el campo de la autonomía del disponente, para sostener el predominio de la autoridad de la ley personal del *de cujus*, puesto que en fuerza del anormal principio de que todo lo que se relaciona con la sucesión inmobiliaria debe quedar sometido á la autoridad de la *lex rei sitae*, y de que respecto á ésta, toda disposición tiene el carácter de estatuto real, será necesario referirse á ella para determinar si las facultades atribuídas al albacea en virtud de la voluntad expresada por el testador ó merced á su ley personal reguladora de la sucesión, deben ó no considerarse eficaces, en oposición á la ley del país donde se encuentren los inmuebles.

1.611. Al decir que, en general, las facultades y atribuciones del albacea deben determinarse conforme á la ley reguladora de la sucesión, hemos querido establecer la norma general por que debe regirse aquél en todo cuanto tiene derecho á hacer, tanto respecto á los actos cuyo cumplimiento puede pedir, como en lo referente á las precauciones que tiene derecho á tomar para cumplir la misión que se le ha confiado; pero esto no quita que deba someterse á la ley del lugar donde el ejercicio de los derechos que le competen ha de verificarse, ó donde las precauciones se hayan tomado en los casos en que sea necesario el *imperium* para el ejercicio de estos derechos, que debe emanar siempre de la soberanía territorial, y que no puede derivarse de la ley extranjera reguladora de la sucesión.

El Código italiano, por ejemplo, establece que el testador puede conceder al albacea inmediata posesión de todos ó de una parte solamente de sus bienes muebles, siempre que no dure más de un año á contar desde el día de su muerte (1). El Código

(1) Art. 906. Está conforme con el art. 1.026 del Código francés.

portugués, por el contrario, estatuye que el testador no puede autorizar al albacea para tomar posesión de los bienes, más que en el único caso de que no deje herederos legítimos (1). La ley inglesa, en oposición con la anterior, determina que el albacea debe ser puesto inmediatamente en posesión de los bienes muebles, con exclusión de los miembros de la familia, y con derecho para emplear los valores en el pago de las deudas y conforme á las instrucciones del causante.

Ciertamente, si en el caso de una sucesión francesa, portuguesa ó inglesa, se tratase de saber si al albacea podía ó no atribuírsele legalmente la posesión de los bienes hereditarios, ó sólo la de los bienes muebles, y si para esto era necesario disposición expresa del testador, ó si, por el contrario, el albacea debía considerarse inmediatamente investido de la posesión de los bienes muebles *ope legis* y por su calidad como tal, convendría atenerse á la ley de uno ó de otro país, según que se tratara de sucesión francesa, portuguesa ó inglesa.

1.612. En principio, es necesario referirse también á la ley reguladora de la sucesión para decidir todo conflicto relativo á la naturaleza de la posesión de los bienes hereditarios que corresponde al albacea, á la duración de la misma y á las condiciones en que los herederos pueden hacerla cesar.

Según nuestra ley, por ejemplo, el albacea puede tomar posesión de los bienes muebles, de todos ó de parte de los mismos, según lo dispuesto por el testador; pero la naturaleza de esta posesión no es idéntica á la que se atribuye al heredero, al cual pertenece la posesión civil, propiamente dicha, de los bienes que están en la herencia. El albacea no tiene, por lo tanto, derecho á retener los muebles cuya posesión le fué concedida por el testador, ni á impedir, por consiguiente, á los herederos que dispongan de ellos. Ahora, en la hipótesis de la sucesión de un italiano abierta en Alemania, sería necesario, naturalmente, atenerse á la ley italiana para determinar todo lo que concierne á la posesión de los bienes atribuída por el testador al albacea; y como, conforme á la referida ley, el heredero puede hacer

(1) Arts. 1.895-1.896.

cesar la posesión concedida al albacea ofreciéndose á consignar inmediatamente la cantidad suficiente para el pago de los legados (artículo 907 del Código civil), este derecho del heredero debería ser reconocido en virtud de lo establecido por el patrio legislador. Aun suponiendo que el *de cujus* se hallase domiciliado en una ciudad del Imperio germánico, que hubiera hecho allí su testamento y que dispusiese que el albacea nombrado por él administrara la herencia, tal disposición debería entenderse de acuerdo con la ley italiana en virtud del artículo 25 de la ley preliminar del Código civil germánico, por lo que la administración no podría durar más del año, y durante tal período de tiempo sería innegable el derecho del heredero para hacer cesar la posesión, merced á cuanto se dispone en el artículo 907 del Código civil italiano.

Por lo demás, cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, aun en la hipótesis de que en virtud de la ley extranjera reguladora de la sucesión pueda considerarse realizada la *saisine* respecto al albacea, no se admitiría jamás que éste fundara en dicha ley el derecho de proceder á la venta de los bienes y á la liquidación de una parte del patrimonio hereditario, en conformidad con cuanto ella dispone; esto equivaldría á extender el derecho de imperio que compete á la soberanía extranjera, más allá de los límites del territorio sometido á su autoridad. Es necesario, por el contrario, atenerse á los principios relativos á la toma de posesión de la herencia, que debe regularse por la ley territorial, aun cuando la *saisine* se verifique de derecho pleno, conforme á la ley de la sucesión (1). Hay que tener presente la distinción referente á la noción de la posesión según el concepto de Baldo (2) y el derecho de tomar realmente posesión de la cosa mediante la *actio*, que por lo mismo que requiere el *imperium*, no puede darse por la soberanía extranjera.

1.613. En principio, consideramos establecido que los límites del territorio constituyen los del *imperium* y de la juris-

(1) Véase § 1.382 y siguientes, pág. 206 del tomo V.
(2) Véase § 1.392.

dicción soberana como potestad imperativa y coercitiva, y que respecto á tal poder deben valer (aunque explicándolas bajo el concepto del organismo del Estado moderno), las máximas del Derecho romano: *Praefectus urbi cum terminos urbis exierit potestatem non habet* (1); *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (2).

Por consiguiente, se podrá fundar en la ley extranjera, por ejemplo, el derecho atribuído al albacea de intervenir para legalizar una transacción entre el heredero legítimo y el deudor; de dar recibo válido de las cantidades pertenecientes á la herencia y por él cobradas; de citar en juicio y sostener los derechos en el caso de cuestiones nacidas con motivo de la administración de los bienes de la herencia. Pero si intentase tomar posesión efectiva de los bienes muebles para impedir que fuesen separados de la herencia ó quisiera hacer valer la posesión que se le atribuye, para ejercitar una acción posesoria, no podría pretenderlo en virtud de la ley reguladora de la sucesión, sino que sería preciso que el testamento en que fué nombrado albacea se declarase ejecutorio, y además ajustarse á la ley territorial para proceder á la venta de los bienes y á la liquidación de la sucesión.

El derecho de tomar medidas para la conservación de la herencia no se le puede negar al albacea, pero aun para esto necesita atenerse á la ley territorial. Así, si intentara sellar los objetos, debería someterse á la ley territorial para llevar á cabo tal operación.

1.614. En ciertos casos incumbe á los Cónsules proveer á la ejecución de las disposiciones testamentarias y adoptar las medidas necesarias de conservación. Esto puede ocurrir cuando muera un ciudadano del Estado del Cónsul sin nombrar albacea ó cuando el nombrado por el *de cujus* no se encuentre en el lugar donde se abra la sucesión, ó si los herederos designados en el testamento fueren menores, incapaces ó ausentes. En tales eventualidades corresponde á los Cónsules tomar posesión de

(1) L. 3.ª *De officio praef. urbi.* Dig., I, 12.
(2) L. 20, Dig., *De jurisdictione*, II, 1.

los bienes pertenecientes al ciudadano muerto en el país donde ejerzan sus funciones, así como adoptar las medidas de conservación oportunas para velar por los intereses de los derechohabientes á la herencia.

Tal derecho de los Cónsules se encuentra realmente reconocido y regulado por las Convenciones consulares, y conviene ajustarse á las reglas establecidas de acuerdo entre los dos Estados contratantes.

Las medidas de conservación en los casos dichos se reducen ordinariamente á tomar posesión de los bienes pertenecientes al ciudadano muerto en el país donde el Cónsul ejerce sus funciones; formar el inventario de dichos bienes y proveer á la conservación de las cosas muebles, realizando la venta de las mismas cuando no se puedan conservar ó sufran deterioro; depositar en lugar seguro los efectos y valores inventariados; cobrar los créditos y conservar el importe, depositándolo en el Consulado ó en un establecimiento público; pagar á los acreedores que tengan derecho á cobrar inmediatamente de la herencia, dado que no haya oposición al pago; administrar y liquidar, bajo su propia responsabilidad, la sucesión testamentaria, siempre en el caso dicho de que los herederos legítimos ó testamentarios fueren menores, incapacitados ó ausentes, ó que el albacea nombrado por el testador no se encontrara en la localidad ó no compareciera.

Pueden también los Cónsules, exista ó no testamento, ordenar que se sellen los efectos mobiliarios y los papeles pertenecientes al difunto.

Las expresadas atribuciones de los Cónsules se derivan del principio de protección debida por la soberanía del Estado á los ciudadanos que residen en país extranjero, y deben regularse por la ley del Estado del Cónsul, pues sólo ésta puede determinar las atribuciones de aquél como funcionario público. No obstante, conviene siempre tener presente que, así como todo funcionario público que ejerce en país extranjero las atribuciones que le corresponden, según la ley de su propio Estado, debe permanecer sometido á la imperante en el lugar donde verifica sus funciones, en cuanto tal ejercicio implique actos de

imperio y de jurisdicción, es natural que los Cónsules extranjeros no puedan, en virtud de la ley del propio Estado, menoscabar los derechos jurisdiccionales de la soberanía territorial.

Por consiguiente, el Cónsul no puede ejercer tales funciones más que con autorización de las autoridades locales ó con intervención de las mismas, según los casos. Aun cuando el Cónsul proceda solamente á la formación del inventario, está obligado á notificarlo á la autoridad local, la cual, si lo estima oportuno, puede asistir al acto y firmar el proceso verbal. En el caso de proceder á la venta de los objetos muebles, al depósito de los valores ó á otros actos semejantes, debe estimarse indispensable obrar de acuerdo con la autoridad local, á quien incumbe también velar por el derecho é interés eventual de los que pudieran presentarse como acreedores de la herencia, los cuales se consideran interesados en que los efectos y valores pertenecientes al difunto, sean convenientemente conservados y no malversados.

1.615. En lo que concierne á imponer los sellos, que es una operación que por sí misma tiene el carácter de acto de imperio, el Cónsul no podrá, ciertamente, realizarlo sin autorización expresa ó tácita de la autoridad local competente. A ésta corresponde siempre el derecho de asistir á la imposición ó al levantamiento de los sellos. Solamente se puede admitir que cuando, por los tratados, el Cónsul esté autorizado para proceder á dicha operación, y queriendo realizar tal acto, la autoridad local, invitada al efecto, no se presente y deje que transcurra un tiempo prudencial desde el día en que se le notificó la invitación para que acompañara al Cónsul, lo cual haga presumir que no tiene interés en presenciarla, éste deberá considerarse tácitamente autorizado para proceder á ella solo, y podrá hacerlo sin más requisitos. Lo mismo decimos cuando se trate del levantamiento de sellos, teniendo en cuenta, sin embargo, que si la autoridad local no sólo ha intervenido en su imposición, sino también, como tiene derecho, ha procedido por sí á poner los suyos propios, su intervención en el levantamiento es evidentemente indispensable.

Respecto á la liquidación, resulta claro que el Cónsul puede pagar á los acreedores de la sucesión testamentaria, siempre

que los créditos fuesen exigibles sin oposición; pero cuando surgiesen dificultades y oposiciones, no será él, ciertamente, el llamado á decidirlas, sino que las cuestiones deben someterse al Juez territorial competente, exhibiendo los documentos oportunos para ilustrar la justicia y facilitar la solución de la litis.

Resumiendo, decimos que en los países civilizados, los Cónsules pueden asumir, hasta de oficio, el carácter de albaceas en las circunstancias dichas; pero en el ejercicio de sus funciones no pueden legítimamente realizar ningún acto que implique por su parte el ejercicio de jurisdicción ó de imperio, á no ser en el caso de que se haya estipulado así en los tratados aplicables.

Es preciso advertir también que cuando en virtud de las reglas convenidas entre el Soberano territorial y el del Estado de que el difunto era ciudadano, los Cónsules estén autorizados para ejercer ciertas funciones que implican imperio y jurisdicción, convendrá atenerse á los tratados, puesto que éstos se consideran siempre obligatorios, hasta en aquello en que deroguen las leyes territoriales de derecho común. Pero como las normas derogatorias deben, en general, interpretarse en sentido restrictivo, el ejercicio de las atribuciones de los Cónsules se admitirá solamente en los casos prescritos en los tratados y cuando subsistan íntegramente las circunstancias de hecho en éstos determinados (1).

1.616. Aplicando tal principio, es necesario admitir que si en la sucesión estuviera interesado un ciudadano del Estado en que reside el Cónsul, no sería del caso atenerse á las reglas establecidas en los tratados consulares, en lo relativo á las atribuciones de los Cónsules. Debe aceptarse, por el contrario, que el ciudadano del Estado tiene la facultad de pedir á la autoridad territorial la tutela de los derechos que le pertenecen en la sucesión extranjera, y que el Cónsul no podría en tales circunstancias fundarse en la convención consular para sostener su derecho preferente, como ocurriría en el caso de la sucesión de un nacional en que estuviesen interesados los ciudadanos del Cónsul ó los

(1) Confr. Cass. franc., 7 Julio 1874 (*Journal du Palais*, 1875, página 28).

extranjeros. Cuando en la sucesión está interesado un ciudadano del Estado donde el Cónsul reside, puede aquél pedir la protección del Soberano del país á que pertenece. Él poder correspondiente á la autoridad territorial, según el derecho común, no consiente ser menoscabado en virtud de los tratados, supuesto que éstos no se refieren al ejercicio de las atribuciones consulares, respecto á los ciudadanos del Estado donde el Cónsul reside. Por consiguiente, el ciudadano del Estado puede reclamar la aplicación de la ley territorial para las medidas de conservación de la herencia extranjera, y por consecuencia de tal petición, se procederá en conformidad con la ley del Estado, á lo que no podría oponerse el Cónsul, alegando que por tratarse de la sucesión de un nacional tiene él un derecho preferente.

Cuando en la sucesión extranjera están interesados los ciudadanos del Estado del Cónsul ó los extranjeros, debe reconocerse el preferente derecho del Cónsul para proceder, en conformidad con los tratados, á la ejecución del testamento y á provocar las necesarias medidas de conservación, reservándose á la autoridad local el derecho de proceder en unión del Cónsul á la práctica de todos los actos conducentes á la salvaguardia de los derechos de los interesados, como imposición de sellos, inventario y cuanto fuese necesario para las diligencias administrativas y la liquidación de la sucesión. Cuando, por el contrario, en la sucesión de un ciudadano del Cónsul estén interesados los del Estado de residencia, conviene reconocer como preferente y principal el derecho de las autoridades locales, salvo el del Cónsul para proceder en unión con aquéllas (1).

1.617. Todo lo que llevamos dicho hasta ahora se refiere al ejercicio de las atribuciones consulares en los países civilizados. En los incivilizados se procede de distinto modo, como consecuencia de los tratados especiales que atribuyen á los Cónsules el poder jurisdiccional respecto á los ciudadanos, y una cierta forma de imperio en el distrito consular; por lo que éstos pueden, en la esfera de la jurisdicción que á ellos les pertenece y dentro de los límites fijados en los mencionados tratados,

(1) Confr. Argel, 12 Septiembre 1870, y Cass. civ., 13 Enero 1873; Ghezzi c. Marincowich (*Journal du Palais*, 1873, pág. 18).

ejercer también las funciones que implican imperio y juris
dicción.

1.618. Una controversia de índole realmente delica
podría surgir en el caso de que un Cónsul quisiera oponerse
la ejecución de un testamento, siempre que lo hiciese asumiend
la representación de un ciudadano del Estado á que perten
ca, y que pueda aducir un probable derecho á la sucesión. E
tales circunstancias podría oponerse y provocar las medidas
conservación cuando el derecho eventual de la persona ó pe
sonas por él representadas, apareciera *prima facie* justificad
No se podría, en verdad, pretender que un Cónsul que se opo
á la ejecución de un testamento en interés de un ciudadano p
él representado, y que, en fuerza del general derecho de prote
ción á los intereses de los nacionales, reclama las medidas
conservación, esté obligado á determinar el derecho del inte
sado á quien representa, con documentos idóneos que hag
manifiesta su cualidad de heredero, ó el derecho que le corre
ponde como acreedor de la sucesión, ó como interesado p
cualquiera otro título. Debe bastar que el derecho del represe
tado, cuya protección asume el Cónsul, resulte de títulos au
que sólo sean aparentes, pero aptos, al menos, para hacer v
rosímil su defensa. Naturalmente, se dejará después al arbitr
de la autoridad competente la decisión de si han de reputar
ó no verosímiles las apariencias y de si puede ó no considerar
fundada la oposición para autorizar, desde luego, las medid
de conservación reclamadas por el Cónsul.

En los Estados Unidos de América surgió una cuesti
verdaderamente especiosa ante el Tribunal llamado á autori
la ejecución de un testamento (*Probate Judge*): Un individ
cuya patria se ignoraba, murió en un hospital de New-York
se le encontró una disposición testamentaria, en la cual hal
dispuesto de toda su fortuna á favor de la sociedad protect
de animales. Durante su vida habitó en un tugurio, como
miserable, pero á su muerte se hallaron con que su patrimo
ascendía á más de un millón. El Cónsul francés se opuso á
ejecución del testamento, aduciendo que era necesario supo
que el disponente no se encontraba en el pleno uso de sus fac

tades intelectuales, y que teniendo probablemente herederos franceses, pedía que se suspendiese la ejecución del testamento y la homologación por el Tribunal que lo autorizaba, hasta que se comprobara el hecho. Se trataba de saber si el Cónsul, en tales circunstancias, podía defender el derecho de intervenir y de oponerse á la ejecución del testamento.

Como hemos dicho ya, el Cónsul puede hacer la oposición á la ejecución de un testamento ostentando la representación de un ciudadano interesado; pero ¿podrá hacerla cuando ni siquiera sepa si éste existe y se funde sólo en la probabilidad de buscarlo? ¿Se admitirá no sólo que asuma la representación del ciudadano interesado en la sucesión, sino que llegue á proceder de oficio como mandatario de aquellos que tengan su misma nacionalidad y que pudieran estar eventualmente interesados?

Conforme á los principios de estricto derecho, no nos parece que se justifique esta representación incierta, y entendemos que puede hacerse oposición á esta pretensión y fallarla en contra de tan eventual representante. Al Cónsul compete, sin duda, el derecho de protección de los intereses de los nacionales, y en virtud de tal derecho puede proceder judicialmente como representante de una ó más personas que tengan interés en el pleito; pero creemos que no debe intervenir como mandatario de los que, ostentando la misma nacionalidad que él, pueden estar eventualmente interesados. Todo lo que racionalmente se podría admitir es que, como el autorizar las medidas de conservación no implica nada respecto al fondo de la cuestión, no debe negarse al Tribunal el derecho de atender la solicitud y suspender la ejecución, concediendo al Cónsul un término prudencial para indicar cuáles sean los ausentes cuyos intereses intenta representar. En este particular debe aceptarse el prudente arbitrio del Juez.

Las buenas reglas de cortesía internacional aconsejan que se suspenda, antes de decretarse la ejecución del testamento, acordando la homologación (1).

---

(1) Confr. Court du Surrogate (Etats-Unis), 5 Diciembre 1872 (*Journal de Droit int. privé*, 1874, pág. 258).

1.619. En el Derecho inglés existe una forma especialísima de proveer á la ejecución de las disposiciones testamentarias que consiste en entregar á una ó más personas, entre las que gozasen de la confianza del testador, una parte del patrimonio de éste, con el encargo de administrarlo como depositarios, en interés de la persona á cuyo beneficio se efectúa la administración, ó para cumplir un encargo determinado, por ejemplo, pagar ciertos débitos ó beneficiar un instituto público. Los bienes confiados al cuidado y á la buena fe de la persona que gozó de la confianza del disponente se denominan *trust;* el que, como depositario, mandatario ó comisionista está llamado á administrar, se apellida *trustee*, y la persona en cuyo interés exclusivo ha de cumplirse el mandato de confianza, se indica con una antigua expresión normanda *cestui que trust.*

El *trustee* puede ser también el albacea, pero se da el caso de que existan ambos. Uno y otro representan dos figuras jurídicas distintas respecto á su finalidad, á las facultades de que se hallan investidos, y al modo de cumplir su mandato.

No nos es dado entrar en muchos particulares, supuesto que si nos propusiéramos exponer todo lo que se refiere á tal institución especial del Derecho inglés, nos saldríamos de nuestro campo (1). Consideramos oportuno notar solamente que en el sistema de leyes que reconoce, en materia de sucesión extranjera, la autoridad de la ley personal del *de cujus*, como ocurre en el Código italiano, cuando se trate de un inglés muerto, no se puede desconocer esta forma especial de institución, encaminada en esencia á asegurar la ejecución de las disposiciones testamentarias.

Nos hemos fijado en esto por la circunstancia de que los bienes constituídos en *trust* presentan aparentemente los caracteres del fideicomiso, pero no equivalen exactamente á éste. El que posee los bienes en *trust*, debiendo conservarlos y administrarlos en interés de aquel á cuyo provecho se destinan y conforme á lo que haya dispuesto el testador, es ciertamente un

(1) Lewin, *A practical treatise on the law of trusts and trustees*; Stephen, *New commentaries on the law of England*, t. III, pág. 489.

mandatario fiduciario, y por esto se denomina comúnmente fideicomisario, así como al *trust* se llama fideicomiso. Pero esto sucede porque no existe una palabra más adecuada para designar la institución del Derecho inglés, la cual no tiene nada que se le parezca ni en el sistema del Derecho francés ni en el italiano, aparte del fideicomiso y de la institución fideicomisaria. Sin embargo, no es esencialmente distinta, y considerando á fondo el asunto es necesario reconocer que el *trust* viene á ser un depósito fiduciario, y el *trustee* un administrador con mandato fiduciario, por lo que en las relaciones internacionales, bajo el punto de vista de los conflictos de leyes, entendemos que deberían aplicársele, por analogía, las reglas que se refieren á los albaceas extranjeros, más bien que las que conciernen á los instituídos en virtud del fideicomiso. Decimos esto teniendo presente la naturaleza sustancial de la institución del Derecho inglés y la diferencia considerable que existe entre el *trust* y el fideicomiso, según el Derecho francés y el italiano.

Según el Derecho francés y el italiano, el fideicomiso denota todos aquellos bienes dejados á una persona para que los goce durante su vida con la obligación de transmitirlos al sustituto en el momento de su muerte. El *trust*, por el contrario, indica el conjunto de los bienes encargados al cuidado de la persona en la cual el testador tiene confianza, y de los que el *trustee* toma posesión para administrarlos con arreglo á la voluntad del disponente y en interés exclusivo de la persona por él designada ó para el objeto que indique, sin que recabe ningún beneficio personal, ni aun el premio de administración, puesto que debe ejercerse gratuitamente. Bien considerado, se trata de un depósito fiduciario y de una comisión fiduciaria encaminada á realizar la voluntad del disponente, aceptados graciosamente por el mantario fiduciario, que, sin provecho personal alguno, asume el encargo de la administración para cumplir la voluntad del testador. No es el albacea llamado á ejecutar todo lo que en el testamento se haya dispuesto; pero en lo relativo al objeto especial del *trust*, es un mandatario del disponente para cumplimentar su voluntad, así como el albacea es un mandatario general para llevar á efecto todas las disposiciones de última voluntad.

1.620. Considerando la naturaleza de la institución, y que no se le puede atribuir el carácter del fideicomiso, sostenemos que, en las controversias que surjan de las relaciones internacionales, se deben aplicar las reglas que conciernen á los albaceas de sucesiones extranjeras. Bajo tal orden de ideas, opinamos que si en el *trust* constituído por un inglés entrasen bienes existentes en Italia, ante todo, no se podría considerar ineficaz, como sucedería en el caso de que se tratase de un verdadero y propio fideicomiso; después, en lo relativo á las facultades del *trustee* y á los derechos del *cestui que truts*, en el conflicto entre la ley italiana y la inglesa, en lo que se refiere á la posesión y á los actos de administración, se deberían aplicar las reglas que hemos expuesto acerca del albacea de sucesión extranjera. Decimos esto, teniendo en cuenta que, según los principios generales, el testador puede dar al albacea toda clase de facultades que no sean contrarias á la ley, y no puede, ciertamente, considerarse opuesto á ella el hecho de que al *trustee*, que es un mandatario fiduciario y se puede decir que es casi un albacea especial, se le haya confiado por el testador una comisión para un objeto determinado, ateniéndose á cuanto dispone su ley nacional.

Lo mismo sucede en los casos de *truts* especial: *Trust for sale* (para vender): *Trust for payment of debts* (para pago de deudas). El primero, que consiste en confiar al *trustee* una cosa para que sea vendida, equivale indudablemente á un mandato fiduciario para ejecutar la venta, y se considerará eficaz, aun cuando se trate de un inmueble situado en Italia. Se debería solamente aplicar nuestra ley en todo lo que se refiere á la ejecución y al cumplimiento de tal comisión. Tanto en éste como en todo otro caso, es preciso, por consiguiente, admitir que el *trustee* ha de atenerse á cuanto el testador dispone para el cumplimiento de la comisión fiduciaria que se le hace, y que en aquello que concierne á su responsabilidad ante el *cestui que trust*, convendrá someterse á la ley inglesa y determinar por ella los derechos que le competen al uno y al otro, y las acciones que se pueden ejercitar judicialmente. En lo relativo á la ejecución del mandato fiduciario y á los actos necesarios para llevar á efecto la disposición del testador, será preciso referirse á la

ley del país donde la administración tenga lugar ó donde el mandato se ejecute, y conforme á ésta se decidirá acerca de las relaciones que se derivan del hecho jurídico y de sus consecuencias respecto á los terceros.

1.621. La regla que hemos enunciado, relativa á los *truts*, servirá, en general, para determinar la autoridad de la ley respecto á las relaciones jurídicas que puedan derivarse de la ejecución de la disposición testamentaria, por aquel á quien el testador haya confiado la comisión ó el mandato de cumplir sus disposiciones. Aun en lo que se refiere al albacea, debe tenerse presente la misma regla, esto es, que la ley reguladora de la sucesión, que ha de determinar la naturaleza de su figura jurídica y sus atribuciones, se aplicará también para fijar las obligaciones del mismo, y su responsabilidad respecto á los herederos, y que para las relaciones que se derivan de la ejecución del mandato, ya respecto á los herederos, ya en contra de los terceros, se estará á la ley del lugar donde haya actuado para llevar á cabo las disposiciones de última voluntad del *de cujus*. Así, por ejemplo, deberá aplicarse la ley de la sucesión para fijar si las funciones del albacea han de ser gratuitas ó retribuídas (1); para determinar si los gastos por él hechos en la imposición de los sellos, inventario, venta, etc., son á cargo de estas ó de las otras personas llamadas á recoger la herencia; si sus funciones

---

(1) La ley italiana, por ejemplo, establece que el oficio de albacea es por su naturaleza gratuito, por lo que el que lo haya aceptado no tiene derecho á recompensa alguna. Solamente se admitirá que como el mandatario puede ser retribuído en virtud de pacto contrario (art. 1.739), el albacea tiene derecho á exigir también sus honorarios, siempre que el testador haya dispuesto que se satisfagan. Por el contrario, según la ley del Imperio germánico, puede pretender una adecuada recompensa por el ejercicio de su oficio, á no ser que el testador haya dispuesto otra cosa. A nuestro modo de ver, debiéndose aplicar la ley de la sucesión, dado que un italiano sea nombrado albacea en la sucesión de un alemán, podría fundar en la disposición sancionada por el Código civil germánico en el artículo 2.221, su derecho á obtener una recompensa, aunque disponga lo contrario su ley personal, y esto en razón á que todo debe depender de la ley de la sucesión.

son exclusivamente personales ó se pueden delegar; si cuando son varios los albaceas, se les considera obligados solidariamente y sin tener en cuenta en este particular su estatuto personal; si el mandato ha de estimarse ó no aceptado, y cómo deba ejecutarse; cómo se puede obtener la dispensa; cómo, cuándo y á quién debe rendir cuentas de su administración, y así sucesivamente. Por el contrario, para decidir acerca de la responsabilidad del mismo, nacida del modo de efectuar el mandato, será menester atenerse á la ley del lugar donde se realizaron los actos de administración, y donde deben observarse los requisitos necesarios para poner en ejecución la disposición testamentaria.

1.622. Aplicando los principios expuestos, nos parece que, cuando conforme á la ley extranjera reguladora de la sucesión, el albacea tenga facultades para vender hasta los bienes inmuebles hereditarios, en el caso de que la venta de los muebles no bastase para satisfacer los legados y las cargas de la herencia, podrá hacerlo en Italia, á pesar de que el art. 908 del Código civil sanciona que sólo está autorizado para vender los bienes muebles. Cierto que para proceder legalmente á la venta, debe atenerse á las reglas expuestas para hacer declarar ejecutorio el testamento, y observar todos los requisitos prescritos por nuestra ley para la legalidad y publicidad del mismo. Pero respecto á los herederos, el acto debe considerarse válido en todo lo que se refiere al derecho del albacea para proceder á la venta, siempre que sus facultades se consideren fundadas en la ley extranjera ó concedidas por el testador de acuerdo con dicha ley. No encontramos, en efecto, ninguna razón de orden público para limitar en este particular las atribuciones del albacea, dependientes de la ley extranjera. La venta debería, por lo tanto, considerarse eficazmente realizada respecto al adquirente de los inmuebles hereditarios enajenados.

1.623. Laurent, discutiendo la cuestión que hemos propuesto, sostiene, en principio, que como el derecho de propiedad debe determinarse y regirse por la *lex rei sitae*, y según el Código francés (artículo 544), el propietario tiene un derecho absoluto, salvo las restricciones y prohibiciones que el legisla-

dor juzgue convenientes establecer, siendo los herederos propietarios de los inmuebles desde el momento en que se abre la sucesión, debe considerarse de interés público que este derecho de propiedad no sufra otras restricciones más que las sancionadas por la ley territorial, y que por lo mismo que el Código civil francés no concede otra facultad al albacea que la de provocar la venta de los bienes muebles (artículo 1.031), no se podrá, en virtud de la ley extranjera, modificar las condiciones de la propiedad inmueble en Francia. El insigne jurisconsulto citado, pone la cuestión bajo un punto de vista que no nos parece enteramente exacto, esto es, si las restricciones al derecho de propiedad deben regularse por la ley territorial ó por la ley extranjera (1).

Puesta la controversia en estos términos, también nosotros admitimos, en principio, la autoridad de la *lex rei sitae*. En el caso que se discute, sin embargo, no se trata de decidir qué ley debe regular las limitaciones del derecho de propiedad, sino la validez intrínseca y eficacia de la disposición testamentaria, y sus efectos jurídicos en lo que el *de cujus* haya dispuesto acerca de los bienes de su propiedad. Considerando que la ley de la sucesión ha de determinarse conforme á la nacionalidad del *de cujus*, y que por ella se regulan la validez y eficacia de las disposiciones testamentarias y sus efectos jurídicos, se deduce la aplicabilidad de la ley extranjera, para determinar los efectos jurídicos de toda disposición de última voluntad, incluso aquella en que el *de cujus* nombró albacea para los bienes hereditarios de cualquier naturaleza que sean, por lo que no es procedente atenerse á los principios que regulan las limitaciones del derecho de propiedad.

La teoría de Laurent puede sostenerse únicamente dentro del sistema adoptado por el Código francés, que atribuye autoridad absoluta á la ley del Estado, en lo que se refiere á la sucesión de los bienes inmuebles de un extranjero. En tal sistema,

---

(1) Laurent, *Droit civil int.*, tomo VI, núm. 110, pág. 163; confróntese Cass. francesa, 19 Abril 1859 (*Journal du Palais*, 1860, pág. 445, y la nota y llamadas en la misma).

admitimos también nosotros que el albacea extranjero no podría enajenar los inmuebles en Francia, en el caso, por ejemplo, de una sucesión española, aunque el *de cujus*, fundándose en el artículo 901 del Código español (*a*), le haya concedido la facultad de enajenar una parte de los inmuebles, si los muebles no fueran suficientes para satisfacer los legados y las cargas de la herencia. A pesar de esto, admitimos, no por las razones aducidas por Laurent, sino por el principio general de que en el sistema sucesorio francés la sucesión inmueble será regida por la ley francesa, que ésta regulará las atribuciones del albacea, respecto á los inmuebles hereditarios existentes en Francia.

1.624. Por lo que se refiere á los efectos del testamento, y á la ejecución de las disposiciones en favor de los legatarios á título universal ó particular, conviene tener presente, en general, la ley reguladora de la sucesión, para determinar cómo han de cumplirse las cargas de la herencia, y cómo y cuándo nace el crédito del legatario respecto al heredero; si conforme á dicha ley, aquél está obligado á exigir á éste la posesión de la cosa legada, y no puede pretender que se le satisfagan los frutos y los intereses más que desde el día en que se entable la demanda judicial (1), habrá de estarse á cuanto dispone la ley referida. A fin de que el legatario pueda tomar posesión de la cosa legada, será preciso someterse á lo que disponga la ley del lugar donde se halle dicha cosa en aquel momento.

El derecho de pedir la posesión ó la entrega de la cosa legada, y la determinación de la persona á quien debe dirigirse la petición, como son relaciones que se derivan de la sucesión, han de someterse á la ley por que se rige la misma, y se puede aceptar por lo tanto la autoridad de la ley nacional del *de cujus*, en el sistema en que tal ley se considera como reguladora de la sucesión; pero si en ello no hay interés alguno por parte

(*a*) Según este artículo, los albaceas testamentarios tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias á las leyes.

(1) Confr. Código civil italiano, arts. 863 y 864; francés, 111 y 114; español, 882 y 885; portugués, 1.838; holandés, 1.006; chileno, 1.232 y 1.239, y mejicano, 3.420 y 3 427.

de la soberanía territorial, cuando, por el contrario, se trate de ordenar la toma de posesión ó la entrega de la cosa legada, resulta claro que esto debe depender de la ley en vigor en el lugar donde se verifique la toma de posesión ó la acción encaminada á obtener la entrega de la cosa legada.

1.625. Por consiguiente, en el caso de sucesión francesa, incluso el legatario á título universal, debe considerarse obligado á pedir á los herederos reservatarios, y á falta de éstos á los legatarios, la entrega (1), aun cuando tal obligación no se imponga por la ley italiana más que al legatario. En este punto no existe interés alguno en desconocer la autoridad de la ley nacional del *de cujus*, reguladora de la sucesión. Sin embargo, debe el legatario á título universal, que quiera obtener la *délivrance* por los herederos reservatarios, subordinarse á cuanto prescribe la ley italiana para la ejecutoriedad de los testamentos extranjeros. Lo mismo debe decirse del legatario á título singular que intente en Italia que se le ponga en posesión de la cosa legada.

Si se tratase, por el contrario, del legatario universal llamado á suceder por testamento en el caso en que no haya herederos reservatarios, según la ley francesa, se verificaría la *saisine* de pleno derecho, conforme al artículo 1.006; sin embargo, como en virtud de la disposición sancionada en el artículo 1.008 el legatario universal, para ser puesto en posesión, en el caso á que nos referimos, está obligado á obtener la orden que el Presidente dicte á su requerimiento, tal orden, indispensable cuando se trate de la sucesión abierta en Francia, debe declararse ejecutoria en los términos que fija la regla sancionada en el Código italiano de Procedimientos respecto á los actos judiciales extranjeros que han de ser ejecutados en el reino. Si se tratase, por el contrario, de una sucesión francesa abierta en Italia, teniendo en cuenta que, según el Código francés, la *saisine* se verifica de pleno derecho respecto al legatario universal en el momento de la muerte del testador, y que conforme á la ley italiana no se requiere orden alguna del Magistrado para dar posesión á aque-

(1) Art. 111 del Código francés.

llos que de pleno derecho la tienen por el difunto, no se necesitaría ni la instancia ni la orden del Presidente, porque la toma de posesión debe regirse por la ley territorial.

Por las mismas razones, si se tratase de sucesión italiana, el legatario que intentase hacer efectivos sus derechos en país extranjero, no sólo debería pedir al heredero la posesión de la cosa legada con arreglo á cuanto dispone el legislador italiano en el artículo 863, sino que si quería obtener en Francia la entrega de las cosas muebles objeto del legado, ó de los valores, por ejemplo, depositados en una casa de banca, dado que fundara su derecho en un testamento auténtico, habría de atenerse también á lo que dispone la ley francesa para la ejecutoriedad de los actos auténticos extranjeros, observando las formalidades que en ella se prescriben. Cuando, por el contrario, fundase su derecho en un testamento ológrafo ó místico, aun en la hipótesis de que la sucesión se abriese en Italia y que no fuese contradicha en Francia la autoridad de la ley italiana para la sucesión mobiliria, el legatario debería, no obstante, atenerse á la disposición sancionada en el artículo 1.007 del Código civil francés para obtener la ejecutoriedad del testamento (1).

En los casos que hemos supuesto, puede surgir la duda de si el Tribunal extranjero llamado á declarar ejecutorio el testamento hecho en el extranjero, puede ordenar la exhibición del acto, ó la minuta de dicho testamento público.

1.626. Se puede aceptar, en principio, que el Tribunal ordene se exhiba para fines judiciales, la minuta de un testamento hecho ante Notario ó depositado en su archivo; sin embargo, merced al principio general de que las sentencias de los Tribunales extranjeros y los actos de la autoridad judicial extranjera sólo pueden ser cumplidos (si previamente se han declarado ejecutorios), cuando se hallan de acuerdo con las leyes del país en que han de ejecutarse, es necesario atenerse á las prescripciones de la ley local acerca del depósito y la custodia de los actos otorgados ante Notario. La ley italiana, por

---

(1) Confr. Cass. francesa, 9 Marzo 1853 (*Journal du Palais*, 1853, I, pág. 424).

ejemplo, dispone que el Notario no puede entregar á nadie el original de los actos y no está obligado á presentarlos ó depositarlos más que en casos y forma determinados por la ley (1), entre los cuales no se encuentra, ciertamente, la orden del Juez extranjero. Sin embargo, el Notario puede librar copia auténtica del documento, que cuando no se impugne como falsa, equivale al original. Se puede también hacer una fotografía para reproducir la firma y el escrito. De todos modos, no debe sostenerse la absoluta necesidad de exhibir el original del acto para fines judiciales, y compete al Tribunal tomar las medidas necesarias para llegar á tener conocimiento exacto del testamento, respetando las disposiciones de la ley local.

(1) Art. 55 de la Ley del Notariado, texto único, 25 Mayo 1879 (*a*).

(*a*) No menos rigurosa es la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, vigente en España, pues su art. 32 dispone que ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aun por decreto judicial ni orden superior, salvo para su traslación al archivo correspondiente y en los casos de fuerza mayor. Sólo podrá ser desglosada del protocolo la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios bastantes para considerarla cuerpo de un delito, precediendo providencia judicial y dejando testimonio literal con intervención del Ministerio fiscal.

CAPÍTULO XIV

De la herencia vacante.—Sucesión del Estado.

1.627. De la herencia yacente: medidas de conservación.—**1.628.** Curador nombrado á la misma por el Juez extranjero.—**1.629.** Reglas para el ejercicio de sus facultades.—**1.630.** Si las atribuciones del curador extranjero pueden ser desconocidas por completo en Francia.—**1.631.** Derechos del Estado á la herencia vacante.—**1.632.** Si es un derecho hereditario.—**1.633.** Teoría de los jurisconsultos franceses y de Laurent.—**1.634.** Opinión de los jurisconsultos italianos.—**1.635.** Nuestra opinión.—**1.636.** La presunta voluntad del *de cujus* no puede ser decisiva para determinar el derecho sucesorio del Estado.—**1.637.** La ley que atribuye al Estado la herencia vacante tiene el carácter de estatuto real y debe aplicarse incluso á los bienes muebles.—**1.638.** Ley que debe regular el estado de caducidad.—**1.639.** Derecho del extranjero que reclame la herencia contra el Fisco que se encuentre en posesión de los bienes.—**1.640.** La cualidad de sucesor, ¿debe establecerse en conformidad con la ley territorial, según afirma la Audiencia de Rennes?

1.627. Siempre que se abra la sucesión y no se presente nadie á reclamarla, ó sea desconocido el heredero ó los conocidos hayan renunciado á ella, la herencia se considerará yacente. Tal situación produce un estado jurídico de previsión, en el sentido de que se interrumpe transitoriamente el ejercicio de todo derecho sucesorio y la aplicación de las reglas á que se subordina la sucesión hereditaria, hasta tanto que se compruebe, la inexistencia de personas que en calidad de herederos legítimos ó testamentarios puedan ostentar su derecho como sucesores, y en tanto que el Estado, á consecuencia de esta falta, no pida recoger la herencia, sólo por si se presenta alguien con derecho para reclamarla.

Los legisladores han reglamentado esta situación, sancionando disposiciones para proveer á la administración y conservación de los bienes hereditarios y á la tutela de los derechos de todos los que puedan tener interés en la herencia. Ordinariamente se nombra en tales circunstancias un curador, á requerimiento de persona interesada, ó de oficio (1). En el caso de que la herencia proceda de un extranjero, los cónsules del Estado á que pertenecía el difunto, están llamados á provocar las medidas de conservación (2), en conformidad con las reglas estipuladas en los tratados.

Resulta evidente que, en tales circunstancias, tratándose de medidas de conservación que tienen el carácter de actos de previsión y de policía social, es necesario someterse á la ley vigente en el país donde se haya abierto la sucesión, y donde venga á realizarse el hecho jurídico que hace aplicables las disposiciones sancionadas por el legislador territorial en interés general (3).

1.628. En estos casos pudiera nacer alguna dificultad en la hipótesis de que abierta la sucesión y declarada yacente, se nombrase curador conforme á la ley local, y los bienes hereditarios estuviesen situados en distintos países. Se dudaría en tales circunstancias, si el curador, merced á las facultades

---

(1) Código italiano, art. 890; francés, 811; español, 1.020; portugués, 1.010 y 1.838; holandés, 1.172 y 1.175; germánico, 1.960; austriaco, 812; chileno, 1.240.

(2) Advertimos que los tratados que regulan el ejercicio de las atribuciones de los Cónsules respectivos, cuando los herederos estén ausentes ó no sean conocidos, no tienen aplicación en el caso de herencia yacente ó vacante. Cuando surja el derecho del fisco, que como diremos á continuación, nace en el caso de que la sucesión esté vacante, debe cesar la aplicación de dichos tratados, supuesto que éstos tienen por objeto velar por los derechos sucesorios que competen á los ciudadanos y no puede atribuirse al Cónsul la facultad de realizar actos de imperio en el caso de la herencia yacente, y mucho menos, por lo tanto, actuar en nombre del Fisco del Estado que representan. Véase § 1.614-15.

(3) Confr. Rolin, *Princ. de Droit int. privé*, tomo II, § 753: Weiss, *Droit int. privé*, tomo IV, pág. 568.

que le corresponden con arreglo á la ley, podía proceder á realizar actos de administración y conservación de los bienes hereditarios existentes en los países extranjeros.

En virtud de los principios generales aplicables á los que administran por consecuencia de mandato que se les ha conferido, es admisible que, debiendo el curador de la herencia yacente considerarse como investido de la administración de la herencia, mediante el mandato que le confirió el poder judicial, y como representante de los interesados en la sucesión, esté autorizado para realizar en tal concepto los actos de conservación y de administración donde quiera que existan los bienes, ateniéndose á la ley local solamente para el ejercicio de las facultades que le competen. Tal regla no puede, ciertamente, contradecirse en el sistema de leyes que considera el patrimonio como un *universitas*, sin distinguir las diferentes localidades en que se encuentran los bienes hereditarios y su naturaleza. En este sistema legislativo no se puede desconocer que el mandato conferido al curador como administrador de los bienes hereditarios será eficaz en cualquier parte que se encuentren los bienes del *de cujus*, y que para los actos de la administración se deberán aplicar las reglas á que se sujeta el ejercicio de las facultades de los administradores extranjeros. Tratándose de mandato judicial, se necesitará, en cuanto á la ejecución del mismo, respecto á los bienes hereditarios existentes en el Estado, aplicar las mismas reglas que se aplican á los curadores nombrados por el Juez extranjero, como sucede en el caso de fallecimiento (1).

---

(1) El Tribunal civil del Sena dice en su sentencia del 29 de Abril de 1892: «Cuando una sentencia extranjera emanada de la jurisdicción graciosa nombrando administrador para una determinada sucesión, no se exhibe en Francia más que como documento destinado á hacer constar la atribución de una cualidad, y sin que el que la invoca pretenda usar de ella para constituir una obligación cualquiera, esta sentencia puede ser tomada en consideración, sin haber sido previamente puesta en condiciones para hacerla ejecutoria en Francia». Sena, 29 Abril 1892 (*Journal de Droit int. privé*, 1892, pág. 684).

La dificultad más grave nace en el sistema que somete la sucesión inmobiliaria á la *lex rei sitae*, considerándola, por consiguiente, como una sucesión aparte, como ocurre en el sistema aceptado por la jurisprudencia francesa. Desapareciendo en tal sistema el justo concepto de la unidad del patrimonio hereditario, se deriva que á causa de tener que mirar la sucesión inmobiliaria como aislada y distinta, no se puede reconocer al curador nombrado por el Juez extranjero, en conformidad con la ley personal del *de cujus*, y, por consiguiente, no es admisible que llegue á ejercitar las facultades que le han conferido sobre los inmuebles existentes en el territorio del Estado.

1.629. Los Tribunales franceses han sostenido, en general, que los administradores nombrados por Juez extranjero, aun cuando lo estén para la liquidación de la sucesión por el tribunal del lugar donde ésta se abre, pueden ejercer sus facultades solamente para administrar los bienes muebles del *de cujus*, y que en el caso de que el difunto poseyese bienes inmuebles en Francia, compete exclusivamente á los Tribunales franceses el derecho de designar el administrador (1).

Teniendo en cuenta tales principios, será necesario admitir que en el sistema de leyes *tot haereditates quod territoria* conviene atenerse á la *lex rei sitae* para la administración y conservación de los bienes inmuebles hereditarios existentes en el Estado, y que, como consecuencia, el curador nombrado por el Juez del lugar donde se haya abierto la sucesión declarada yacente, puede ejercitar sus facultades solamente en lo que se refiere á la fortuna mobiliaria del *de cujus*, y hacer valer con este fin el mandato judicial que se le ha conferido, con tal de que no se haya de proceder en virtud del mismo mandato á actos ejecutivos.

1.630. El Tribunal del Sena, en su sentencia de 6 de Junio de 1894, establece que el curador nombrado legalmente por el Juez extranjero para una herencia vacante, debe consi-

(1) Confr. Trib. del Sena, 12 Mayo 1891 (*Journ. de Droit intern. privé*, 1892, pág. 487), y Champcommunal, *De la succession*, pág. 557 y siguientes.

derarse sin facultad, aunque intente actuar respecto á los bienes muebles existentes en Francia. Llegó á tal conclusión, fundándose en el concepto de atribuirse al Fisco el derecho de adquirir la herencia vacante sin distinguir si los bienes hereditarios son muebles ó inmuebles, por lo cual el derecho que le compete en virtud de su poder soberano, no tolera que se confíe la administración de los bienes extranjeros muebles ó inmuebles á un agente nombrado por Tribunales extranjeros, sino que es necesario aceptar, por el contrario, que como todo Estado puede alegar el derecho de reclamar las sucesiones vacantes sin distinguir la naturaleza de los bienes que las constituyen, así se debe admitir que existen tantas sucesiones vacantes cuantos son los diferentes Estados en cuyo territorio se encuentran los bienes que componen el patrimonio del *de cujus*; y que, por lo tanto, los derechos conferidos al curador en conformidad con la ley del país extranjero, deben reputarse atribuídos dentro de los límites del territorio extranjero, é ineficaces en Francia (1).

Tal sentencia ha dado lugar á justas observaciones, y nosotros nos asociamos á los que han sostenido que los principios aceptados como fundamento de la decisión, no se pueden tener por rigurosamente exactos (2). No discutimos, como diremos á continuación, que competa al Estado el derecho de reclamar la herencia vacante, y veremos cuál es la naturaleza de este derecho y cuál su extensión; pero no puede ponerse en duda que por la falta de parientes dentro del grado fijado para que el Estado ejercite su derecho á reclamar la herencia, ésta ha de tenerse por yacente, no pudiendo aplicársele las reglas á que han de someterse las relaciones que se engendren á consecuencia del derecho del Estado á recoger la herencia, cuando la misma se reputa vacante por no existir nadie que tenga la cualidad de sucesor. En resumen, cuando la herencia caduca, nace el derecho del Es-

---

(1) Trib. del Sena, 6 Junio 1894 (*Journal de Dr. int. privé*, 1895, página 123).

(2) Confr. Weiss, *Droit int. privé*, tomo IV, pág. 568, y Clunet, en la nota á la citada sentencia de 6 de Junio de 1894, en el lugar citado.

tado á reclamarla; pero hasta que tal derecho no se haya ejercitado, ha de considerarse yacente. Tal situación de cosas no cesa más que en el momento en que el Estado, en atención á que nadie la reclama como sucesor, solicita que se le adjudique la herencia. Entonces es cuando únicamente la existencia del curador es incompatible con el derecho del Estado, y deben aplicársele las disposiciones que regulan la sucesión de éste y que seguidamente damos á conocer. En el intervalo, como aun no se ha probado que no exista alguien con derecho á la herencia, y tal estado de cosas es provisional (no pudiendo cesar mientras no prescriba la facultad de aceptar la herencia, correspondiente á las personas que serían llamadas, según la ley reguladora de la sucesión, á reclamarla), no hay más que una presunción de caducidad, y por consiguiente, se le deben aplicar las reglas que conciernen á la sucesión hereditaria, no ya aquéllas que regulan el derecho que corresponde al Estado cuando éste se presenta á recoger la herencia por falta de todo sucesor.

1.681. Pasemos ahora á examinar en particular cuál es la naturaleza de este derecho que compete al Estado, y cuáles son las reglas á que ha de someterse su ejercicio.

El derecho del Fisco á reclamar y adquirir la herencia vacante, se encuentra generalmente reconocido en las legislaciones de los diversos países. En el Derecho romano, tal principio estaba establecido en la ley IV del Código, que dice así: «*Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem*» (1).

El legislador italiano sanciona tal derecho en el artículo 758 del Código civil, que dice: «A falta de las personas llamadas á suceder conforme á las reglas establecidas en las secciones precedentes, la herencia pasa al patrimonio del Estado». Tal derecho se halla reconocido en las leyes de los demás países. El Código francés, después de haber determinado todos los que pueden suceder, dispone en el artículo 768: «A falta de cónyuge

(1) Libro X, título X, *De Bonis vacantibus*.

supérstite, la herencia se adjudica al Estado». El legislador austriaco se expresa también así en el artículo 760: «Si ni aun el cónyuge vive, la herencia, como patrimonio falto de herederos, corresponde al Fisco ó á las personas que, en virtud de las leyes políticas, tienen derecho á tomar posesión de las cosas vacantes» (1).

1.632. La controversia que nace con motivo de este derecho que se concede al Estado, consiste principalmente en determinar su naturaleza. ¿Es este un derecho hereditario? La herencia declarada vacante por la falta de sucesor, cuando el Estado la reclama y se le adjudica ¿la adquiere á título de heredero? ¿Se hace por tales circunstancias heredero legal?

La mayoría de los jurisconsultos italianos lo considera como tal y admite que el Estado, que hereda á falta de sucesores, adquiere el patrimonio del *de cujus*, *jure haereditario* (2). El Estado, dice Ricci, no ocupa las particulares cosas hereditarias consideradas aisladamente, sino que obtiene un patrimonio, teniendo, por consiguiente, la representación de la persona del *de cujus*, y estando obligado á satisfacer las obligaciones personales contraídas por el difunto (3).

De aceptar tal concepto se deriva una consecuencia muy importante en el sistema consagrado por la legislación italiana, que considera la sucesión extranjera sometida á la ley nacional del *de cujus*, es decir, que en virtud de la máxima sancionada por el artículo 8.° de las *disposiciones generales*, si la sucesión declarada vacante pertenecía á un extranjero, á falta de sucesores debe considerarse llamado á recogerla el Estado extranjero en conformidad con cuanto dispone la ley nacional del *de cujus*, y no ya el Estado italiano, dado que aquí se encuentren los bienes hereditarios faltos de sucesor. Así, en efecto,

---

(1) Confr. Código español, artículo 956; portugués, 2.006; holandés, 879 y 920; de Zurich, 905; germánico, 1.936; de Chile, 995; de Méjico, 3.575 y 3.634.

(2) Véase Gianturco, *Del diritto delle successioni*, lección XV.

(3) Ricci, *Corso di Diritto civile*, tomo III, § 80. Confr. Borsari. *Sull' articolo 758*, § 1.625

opinan Gianturco (1), Ricci (2), Pacifici-Mazzoni (3), Borsari (4) y otros.

Nosotros hemos sostenido una opinión diversa, admitiendo que el fisco no sucede á título de heredero, sino porque las cosas sin dueño, deben atribuírsele y ser adquiridas por el Estado en cuyo territorio se encuentran (5). De dicho principio se desprende consecuencia distinta de la deducida por los otros jurisconsultos italianos, esto es, que en el caso de sucesión extranjera sin sucesores, mientras no se pruebe, en conformidad con la ley nacional del *de cujus*, que existe un sucesor llamado á recogerla, debe atribuirse al Estado italiano, si en éste se encuentran los bienes hereditarios, y no ya el Estado extranjero de que era ciudadano el *de cujus*.

1.622. Los jurisconsultos franceses (6) que han examinado y discutido esta controversia, encuentran argumentos más decisivos para sostener la misma tesis, fundándose en las disposiciones del Código civil de su país, y en los principios consagrados por la jurisprudencia en materia de sucesión extranjera. En efecto, el artículo 539 del Código francés, sanciona de un modo general que todos los bienes vacantes y sin dueño, y todos los de las personas que mueran sin herederos, ó de aquellas cuyos sucesores las hayan abandonado, pertenecen al Fisco. Este principio se encuentra también confirmado por el artículo 713, que dice así: «Los bienes sin dueño pertenecen al Estado». Los mencionados tratadistas han tenido justamente en cuenta la disposición sancionada por el artículo 768: «A falta de cónyuge

(1) Lugar citado.

(2) Lugar citado.

(3) *Delle successioni*, t. I, § 224, pág. 478.

(4) § 1.626.

(5) Fiore, *Dr. int. privato*, § 402, Florencia, 1869.

(6) Confr. Demolombe, *Traité des success.*, t. II, § 177 y siguientes; Zachariae, *Corso di Diritto civile*, § 606; Weis, ob. cit., t. IV, pág. 564; Despagnet, 3.ª edición, núm. 366, pág. 687; Renault, *Journal de Droit int. privé*, 1875, pág. 428; Champcommunal, *Etude sur la success.*, pág. 373; Laurent, *Droit int. civil*, t. VI, § 255; Rolin, t. II, § 742. En sentido contrario, véase Antoine, *De la succession en Droit int. privé*, núm. 81, pág. 91.

supérstite, la herencia se adjudica al Estado»; como consecuencia del principio consagrado en los citados artículos, sosteniendo, por lo tanto, que como la ley no dice que el Estado hereda, sino que adquiere la sucesión á falta de sucesores, así el fundamento de tal adquisición consistirá en el derecho que compete al Estado para ocupar los bienes que carecen de dueño. Dichos jurisconsultos encontraron un válido apoyo de su tesis en las discusiones que tuvieron lugar cuando se trató de explicar los motivos del derecho atribuído al Estado. Portalis, en efecto, así se expresaba en los discursos preliminares del proyecto de Código civil: «El derecho del Estado sobre las herencias que nadie reclama, no es un derecho hereditario, sino un simple derecho de administración y gobierno» (1). El orador del Tribunado así decía: «El Fisco recoge las herencias á las cuales nadie tiene derecho, por la razón de que lo que no pertenece á ningún individuo, pertenece al cuerpo social que representa la universalidad de los ciudadanos. Poseyendo en provecho común, previene los desórdenes que ocasionarían las pretensiones de los que se esforzaran en ser los primeros ocupantes de una sucesión vacante» (2).

Laurent, refiriéndose á los motivos en que se funda el derecho del Estado á adquirir las sucesiones vacantes, y considerando que aquéllos determinan su naturaleza, sostiene, por consiguiente, que la ley que rige este derecho tiene el carácter de estatuto real, y atribuye al Estado, en cuyo territorio se encuentran los bienes vacantes de sucesión, la facultad de adquirirlos, sin hacer distinción entre la sucesión mobiliaria y la inmobiliaria, porque el Estado los adquiere como bienes vacantes (3). El insigne jurisconsulto excluye, por lo tanto, que el Estado francés pueda reclamar los bienes de un francés existentes en Italia. «La negativa es cierta, dice. Desde luego, el pretendido derecho del Estado, no es un verdadero derecho hereditario; el artículo 768 no dice que el Estado sucede: dice que la sucesión la

(1) Locré, tomo I, pág. 182, *Discours préliminaires*, núm. 94.
(2) Simeón, *Discours*, núm. 27; Locré, t. V, pág. 137.
(3) Confr. lugar citado, §§ 256 y 257.

adquiere el Estado. ¿Bajo qué título? Los oradores del Tribunado y del Gobierno acaban de decírnoslo: es por la aplicación del principio de que los bienes sin dueño pertenecen al Estado».

En el sistema de la legislación francesa, la solución de la cuestión propuesta no presenta, en verdad, graves dudas, sobre todo respecto á la sucesión inmobiliaria; supuesto que como todo lo que á ella se refiere tiene el carácter de estatuto real, no se podría de ningún modo alegar que, aun en la hipótesis de que el Estado extranjero fuese admitido á adquirir la herencia, á título de heredero, tal ley dejaría de desplegar su autoridad en lo que se relaciona con los inmuebles existentes en Francia, porque, en principio, debe aplicarse la ley francesa para determinar el orden de los sucesores respecto á los inmuebles hereditarios. La cuestión nacería solamente respecto á la sucesión mobiliaria, para la cual se admite, en cierto modo, la autoridad del estatuto personal; y por lo tanto, se podría sostener que el Estado extranjero puede asumir el derecho de reclamar los muebles del *de cujus* existentes en Francia, á falta de sucesores, dado que según la ley personal de éste, pudiera ejercitar tal derecho en calidad de heredero suyo. No obstante, tratándose de la sucesión familiar, el derecho del Estado extranjero se considera excluído en Francia, aceptando la máxima de que la soberanía territorial adquiere la sucesión vacante de sucesores á título universal, y en virtud de su derecho soberano, que se aplica siempre á toda cosa que se encuentra sin dueño en el territorio. Este principio ya acogido por la jurisprudencia (1), se halla decididamente confirmado en las instrucciones de la Dirección general del Registro y del Fisco de 10 de Octubre de 1878 (2).

1.624. La cuestión propuesta, da lugar, á su vez, á una

(1) «Los bienes que deje en Francia un extranjero muerto sin parientes dentro del grado en que pueden ser sucesores, ni hijos naturales, ni cónyuge supérstite, pertenecen, no al soberano del país del extranjero, sino á Francia por derecho de soberanía». Audiencia de París, 15 Noviembre 1833 (*Journal du Pal.*, 1833, t. XXV, pág. 942), y Burdeos, 12 Febrero 1852 (*Dalloz*, 54, II, pág. 154).

(2) Véase la citada instrucción en el *Journal de Dr. int. privé*, 1879, pág. 321.

grave discusión en el sistema seguido por el legislador italiano, y por los de aquellos otros países que reconocen, respecto á la sucesión, la autoridad de la ley personal del *de cujus*, y tanto más, si se considera que el legislador y la jurisprudencia italianas han sido liberales y espléndidos admitiendo la aplicación de las reglas generales, sin restricciones de reciprocidad (1).

Los jurisconsultos italianos han considerado que, como el artículo 8.° de las disposiciones generales determina que las sucesiones legítimas y testamentarias han de regularse por la ley nacional del *de cujus*, tanto en cuanto al orden de suceder, como en la medida de los derechos sucesorios, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren situados, así la herencia de un extranjero que muera en Italia sin sucesores que tengan derecho á reclamarla y á adquirirla, debe pasar al Estado de que el causante era ciudadano, cuando conforme á su ley nacional esté llamado á recoger la herencia vacante. Dicen estos tratadistas, que del mismo modo que la sucesión se rige por la ley nacional del *de cujus*, todo debe ser regulado por dicha ley y suceder el Fisco del país del *de cujus*, sin preocuparse de la circunstancia de que por tal procedimiento un Estado extranjero puede llegar á ser propietario de una porción más ó menos considerable de bienes existentes en el territorio italiano, supuesto que el Estado extranjero no sucedería, ciertamente, como ente político, sino á título privado, y teniendo presente que, según la ley, no está prohibido á los Estados extranjeros adquirir á título privado la propiedad de los bienes existentes en Italia (y en efecto, son propietarios, tal vez, de los palacios de las embajadas ó consulados y quizás de otras propiedades adquiridas por ellos), por lo que nada puede impedir que adquieran los bienes como sucesores del *de cujus*. Considerando, por otra parte, que la sucesión, á falta de disposiciones de última voluntad, recae según la presunta tácita vo-

(1) Confr. Orsini, *La successione nei beni vacanti lasciati dagli stranieri in Italia*, en el periódico *La Legge*, 1891, vol. I, pág. 717 y siguientes.

luntad del *de cujus*, no se puede suponer que el extranjero, cuando muere sin herederos, desee que sus bienes los adquiera el Estado donde se encuentren, con preferencia á aquél de que él era ciudadano (1).

1.625. Nos parece que el defecto principal de toda la argumentación consiste en que se quiere suponer que el Estado adquiere la herencia *jure haereditario*, siendo este precisamente el punto en que estriba la discusión. Es cierto que si el Estado pudiese asumir la condición de heredero, su derecho á adquirir los bienes hereditarios en virtud de la disposición sancionada por el artículo 8.°, sería incontrovertible. No se podría contradecir su capacidad, puesto que el Estado, no como ente político, sino como persona jurídica, adquiriría los bienes que le correspondiesen por sucesión, y por esto nosotros mismos hemos sostenido que una disposición testamentaria en favor de un Estado extranjero debe considerarse eficaz, ya que éste puede adquirir á título privado la propiedad de los bienes, en todas las formas consentidas por la ley y, por lo tanto, por sucesión, puesto que es uno de los modos de adquirir la propiedad (2).

Pero, ¿se puede decir con seguridad que el Estado que adquiere la herencia vacante, lo hace *jure haereditario?*

Nosotros entendemos que no puede sostenerse tal doctrina sin quebrantar los justos principios. Los caracteres y requisitos sustanciales de la sucesión hereditaria faltan, en efecto, cuando la herencia pasa al patrimonio del Estado por no existir personas llamadas á suceder. No se puede admitir sucesión hereditaria, conforme á su justo concepto, sin la completa transmisión de todas las relaciones personales del *de cujus* al heredero. La sucesión hereditaria no puede limitarse á la transmisión y á la adquisición de los derechos en la esfera patrimonial, sino que ha de comprender también la continuación íntegra y completa de

---

(1) Véanse, en tal sentido, Gianturco, *Delle successione*, lec. XV; Ricci, *Diritto civile*, tomo III, § 81; Pacifici-Mazzoni, *Delle successioni*, tomo I, § 224; Borsari, § 1.626; Fulci, pág. 81; Lomonaco, *Diritto civile italiano*, vol. IV, § 87.

(2) Confr. Fiore, *Controversia tra la Grecia e la Romania*. Consulta *Pro veritate*. Roma, 1894; y véase anteriormente § 446 y siguientes.

la persona misma del *de cujus* que pasa al heredero, no entendiendo esta transmisión en el sentido estricto y riguroso, sino, más bien, teniendo en cuenta, que el heredero sustituye en la representación ilimitada de la persona del difunto á quien sucede, de lo que se deriva la personal é ilimitada responsabilidad de aquél por las deudas hereditarias, «*hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit*» (1).

«*Haeres in omne jus mortui, non tamtum singularem rerum dominium, succedit: eum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant*» (2).

¿Cómo conciliar el concepto de que el Estado sea un verdadero y propio sucesor *loco haeredis*, y que no esté obligado al pago de las deudas *ultra vires*? Se aduce que esto se desprende de las reglas esenciales de la contabilidad pública, conforme á las cuales el Estado no está obligado á pagar más de lo que reciba, ni á efectuar pagos más que con los valores mismos; sin embargo, puede sostenerse, afirmando que adquiere derechos patrimoniales en virtud de su poder soberano y en interés de todos los ciudadanos, lo que conduce á suponer que recoge los bienes, no ya como heredero, sino que los agrega á su patrimonio merced á su derecho soberano, lo cual lleva á negar, por consiguiente, que el derecho que ejercita pueda ostentar el carácter y la naturaleza de hereditario.

La disposición sancionada por el artículo 8.° del título preliminar, no nos parece aplicable para resolver la contienda. La mencionada regla, en efecto, está encargada de regular los derechos sucesorios pertenecientes á los particulares, los cuales por atribuirse, según la ley, en consideración á las relaciones de parentesco y de familia, con razón el patrio legislador ha establecido que deben depender de la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, por el principalísimo motivo de que, conforme á la naturaleza misma de las cosas, debe concederse á tal ley la facultad de regular la transmisión

(1) L. 62, Dig. *De regul. juris*, L. 17.

(2) L. 37, Dig. *De adquirenda vel omittenda haereditate*, XXIX, 2.

del patrimonio del difunto á las personas consideradas por el legislador con título para suceder. Dicha disposición no puede ser aplicada en el caso, completamente anómalo, de que, según la ley nacional del *de cujus*, no existan parientes legítimos ó descendientes, ni ascendientes naturales ó cónyuge, ni nadie que pueda ostentar un título como heredero. Semejante estado de cosas constituye un hecho jurídico singular, y conviene considerar atentamente que, cuando el legislador lo somete á sus prescripciones, es decir, cuando por faltar en absoluto todo derecho hereditario por parte de las personas que por sus relaciones con el *de cujus* pudieran hacer valer sus derechos á la sucesión, lo regula como tal hecho aislado, y disponer que el patrimonio del *de cujus* pase al del Estado, no hace de tal entidad un heredero, sino que, merced á su poder soberano, da destino á los bienes sin dueño (1). Inútilmente se sostiene, por lo tanto, que la sucesión debe someterse, en tal caso, á la ley nacional del *de cujus*, supuesto que cuando falta el heredero, no existe la sucesión, sino más bien un hecho, un patrimonio sin dueño, y la disposición que lo regula, debe considerarse fundada en el poder soberano del que deriva el derecho de dar destino á los bienes, con el fin de prevenir los desórdenes sociales que pudieran derivarse de un estado de hecho semejante.

1.626. El argumento de la presunta voluntad del *de cujus*, no me parece, en verdad, de gran importancia; supuesto que cuando el legislador, teniendo en cuenta las condiciones de la familia, las relaciones de parentesco y la organización de la propiedad según las circunstancias históricas, atribuye á los más próximos allegados el derecho hereditario respecto á los bienes de la persona muerta sin testamento, ó decide tal derecho, estableciendo el orden y la proporción á favor de los parientes hasta determinado grado, no lo hace ciertamente miran-

---

(1) Pothier sostiene el mismo concepto, y discurriendo acerca del derecho del Soberano de apropiarse las cosas á falta de heredero, se expresa de este modo: «En los varios casos de desheredación, el Rey y los altos señores de justicia suceden en los bienes, como bienes vacantes, y no á la persona». (*Cou. d'Orléans*, intr. al tít. XVII, sección VIII, núm. 131).

do la presunta voluntad, sino más bien los vínculos de parentesco y el concepto de las relaciones de familia, tal como son entendidas por el legislador mismo, como título de tal derecho; y en esto es en lo que debe reconocerse la autoridad de la ley del Estado de que forma parte el *de cujus* y su familia. La voluntad del hombre, es el título de la sucesión hereditaria respecto á la sucesión testamentaria, en consideración á la cual, la ley sanciona la última voluntad del disponente. Cuando ésta falta, el título no es la voluntad presunta, sino la relación de familia, tal como se reconoce por la ley, y cuando también falta todo nexo familiar, debe entenderse agotada la autoridad de la ley reguladora de la sucesión legítima de la herencia en virtud de tales relaciones.

No nos es posible desenvolver más extensamente este concepto, pero advertimos que la presunta voluntad del *de cujus*, que se considera inclinada á atribuir la herencia al Estado de que aquél era ciudadano, con preferencia al en que se encuentran situados los bienes, con el fin de encontrar en ella el título de la sucesión del Estado extranjero, no puede ser de grande importancia, puesto que la presunta voluntad, como hemos afirmado, no es el título de la sucesión legítima.

Según hemos ya sostenido, la declaración de la herencia vacante, ó lo que es lo mismo, de aquélla que yace sin que exista un heredero, ni se espere que haya quien pueda ostentar dicho título para recogerla (1), constituye por sí un hecho jurídico, dado el cual, nace la necesidad de regularlo por la ley y de determinar, conforme á ésta, los efectos jurídicos que de él se derivan. El legislador italiano no ha establecido en el Código civil el principio consagrado por el Código francés, en su artículo 713, respecto á los bienes sin dueño, si bien ha fijado con una disposición singular el hecho jurídico de la herencia vacante, diciendo en el artículo 758: «En defecto de las personas llamadas á

(1) La distinción entre herencia yacente y vacante, fué establecida así por Fabbro: «*Jacens hereditas, dicitur quae heredem nondum habet, sed habere sperat. Vacans vero quae heredem nec habet, nec habere sperat*».

suceder, según las reglas establecidas en las secciones precedentes, la herencia pasa al patrimonio del Estado». Nos parece claro que con tal disposición el legislador patrió no ha sancionado la adjudicación al Estado *titulo haereditatis*, sino que ha previsto el destino de los bienes en virtud de su poder soberano (1).

---

(1) No se puede negar que al soberano de cada Estado compete el derecho de regular la condición jurídica de los bienes existentes en el territorio sujeto á su imperio: los modos de adquirir y transmitir: las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que corresponde á los particulares, y el destino de los mismos en el caso de que, tomados singularmente y por sí solos, no sean objeto de ningún derecho privado. En tal derecho debe comprenderse también el de hacer que pasen al patrimonio del Estado, cuando existan razones de interés público y de economía social bastantes para justificar dicho traspaso. Para llegar á esto no es necesario conceder al Estado una especie de dominio primitivo sobre el territorio y admitir que la propiedad privada deba tenerse como una derivación de la concesión del soberano territorial, á fin de justificar que han de volver al dominio del Estado los bienes que no pueden poseerse á título de propiedad privada. Tal concepto prevaleció en otro tiempo, cuando el título de señor significaba un derecho absoluto, no solamente sobre las personas, sino también sobre la propiedad que constituía el territorio sujeto al señorío. Entonces el título primitivo de la propiedad fué el señorío, y como los particulares eran propietarios por concesión del señor, se admitió el derecho de éste á recobrar el dominio de los bienes, siempre que desconocía ó quitaba á los particulares el de poseerlos como propietarios. En esto se fundaba el derecho del señor para apropiarse los bienes arrojados sobre la costa, en caso de naufragio, y el de apoderarse de los bienes del extranjero, á quien se le negaba la facultad de transmitirlos, y, en general, el de adquirir los del que moría sin herederos dentro del territorio sometido al señorío.

En el derecho moderno no pueden sostenerse los mismos principios; pero no es necesario fundarse en ellos para sostener que el soberano territorial, para prevenir los desórdenes públicos y los inconvenientes económicos que pudieran derivarse de dejar los bienes sin dueño, y á fin de proteger del mejor modo posible los intereses de la colectividad, puede proveer al destino de los bienes vacantes y disponer que pasen al patrimonio del Estado.

Del mismo modo que, para mantener el orden público, el legislador rige la condición civil de las personas, el ejercicio de los dere-

Ni siquiera dice que el Estado sucede, sino que dispone que la herencia pase al patrimonio de la nación; lo cual significa que en virtud de su derecho soberano, el legislador ha provisto á la suerte de los bienes existentes en el territorio y no reclamados por nadie, dicidiendo que deben atribuirse al patrimonio del Estado (1).

1.637. Siguiendo el orden de ideas que hemos desenvuelto, es natural que reconociendo en la disposición, según se encuentra sancionada, la afirmación de los derechos de soberanía territorial, admitamos, en consecuencia, que tiene aquélla el carácter del estatuto real, como toda disposición legislativa que represente el ejercicio del poder soberano, y que, como tal, debe ejercer autoridad imperativa en todos los casos en que se realice el acto jurídico, ó sea el advenimiento de la herencia vacante. Ya se verifique tal hecho jurídico en el caso de la herencia perteneciente al ciudadano, ó en el de la correspondiente á un extranjero, siempre que los bienes estén situados en el territorio del Estado y no exista un particular que pueda asumir el título de heredero para recogerlos, debe tener aplicación la regla sancionada por el artículo 758, porque, en esencia, el legislador considera el caso como aquel en que venga á faltar el derecho sucesorio, en el cual encontrará su aplicación la máxima sancionada en el artículo 8.°, proveyendo al destino de los bienes. Es natural también que no se pueda hacer distinción entre los bienes muebles y los inmuebles (2). El hecho jurídico

---

chos privados, y todo cuanto prevé mediante las leyes de policía y orden público, y las disposiciones que sanciona tienen el carácter de estatuto real que obliga indistintamente á todos los que residen en el Estado, sean ciudadanos ó extranjeros, del mismo modo, repetimos, puede regular la condición de las cosas y prevenir su destino cuando no puedan ser poseídas aplicando las reglas que, respecto á las mismas, rigen el ejercicio de los derechos privados. Incluso las disposiciones que se refieren á esta materia tienen el carácter de estatuto real, y como tal son aplicables indistintamente á los bienes que se encuentren en el territorio, sea cualquiera la naturaleza de los mismos.

(1) Confr. Cassac. Palermo, 25 Julio 1896 y la nota de Gabba (*Foro italiano*, 1896, 1, pág. 935).

(2) Confr. Burdeos, 12 Febrero 1852 (*Dalloz*, 1854, II, 154).

que se realiza respecto á los unos y á los otros, subsistiendo el acontecimiento con cuya base surge el efecto jurídico de atribuir los bienes al patrimonio del Estado, debe someterse á la regla sancionada por el artículo 758.

La llamada ficción jurídica, en virtud de la cual se admite que los muebles, tomados en su conjunto, deben considerarse en el domicilio del propietario, puede servir para determinar, respecto á los mismos, la autoridad de la ley del domicilio, siempre que no esté en litigio el interés y el derecho de la soberanía territorial. Esta, en efecto, ejerce siempre su imperio respecto á los muebles que efectivamente se encuentran en el territorio del Estado, y puede someterles, como les sujeta, á las propias leyes, las cuales despliegan, ciertamente, su autoridad respecto á las cosas muebles localizadas, cuando se trata de regular los efectos jurídicos de la posesión, las acciones reales, las posesorias, las reivindicatorias, y así sucesivamente. También el soberano territorial regula el ejercicio de los derechos respecto á los bienes muebles extraviados, perdidos ó vacantes, para todo lo cual no existe autoridad en la ley del domicilio, en virtud de la ficción jurídica que considera los muebles en el domicilio del propietario.

Respecto á la reglamentación de los derechos sucesorios, es admisible, no discutiéndose la soberanía territorial y considerándose los muebles en el domicilio del propietario, que pueda reconocerse la autoridad de la ley personal del mismo para regular la transmisión de los muebles á título de sucesión (1). Pero todo ello no puede servir para sostener que, á causa de tener que considerar los muebles en el domicilio del propietario, dado que á su muerte la sucesión se hallase en estado de caducidad y que el *de cujus* estuviese domiciliado en el extranjero, el Estado á que perteneciera ó el en que hubiese estable-

(1) Confr. Merlin, *Répert. de jurispr.*, V, Loi. § 6.º, núm. 3.º; Chabot, *Commentaire des successions sur l'art. 726*, núm. 3.º; Duranton, *Cours de Droit français*, tomo I, núm. 90; Zachariae, *Droit civil*, tomo I, § 31, página 56; Taulier, *Théorie du Code civil*, t. I, introducción, p. 57; Foelix, *Traité de Droit int. privé*, núm. 61.

cido su domicilio, pueda adquirirlos á falta de personas llamadas á suceder. Tal concepto se podría sostener si el derecho que corresponde á la soberanía para adquirir la sucesión vacante fuese un verdadero y propio derecho sucesorio; pero aceptando nuestro criterio, y considerando la adquisición como consecuencia de la soberanía, es natural admitir que tal derecho no se ejercite por una soberanía extranjera sobre las cosas que se encuentran en el territorio del Estado, aunque sean muebles (1). En efecto, no se podría consentir que la soberanía extranjera ejecutara actos de imperio respecto á los bienes muebles localizados, y que las leyes extrañas tuvieran autoridad para modificar las territoriales que rigen el ejercicio de los derechos por parte de la soberanía del Estado respecto á las cosas que carecen de dueño.

Tal opinión, que hemos manifestado en la primera edición de la presente obra (2), fué acogida por Buniva (3), quien se encuentra entre los pocos jurisconsultos que la sostienen, y se halla aquélla también adoptada en un dictamen emitido por el Tribunal contencioso diplomático.

1.628. En lo que se refiere á la caducidad, entendemos que se debe decidir de conformidad con la ley reguladora de la sucesión (que en el sistema italiano es la del Estado á cuya ciudadanía pertenecía el muerto), si ésta se ha de considerar ó no en aquel estado. Tal disposición de cosas existe sólo cuando no hay ni parientes del difunto en grado de sucederle, ni hijos naturales ó cónyuge superviviente que puedan ostentar título para adquirir la herencia como sucesores del *de cujus;* y es natural que se decida, de acuerdo con la ley reguladora de la sucesión, si existe ó no sucesor. Hasta tanto que esto no se pruebe, no se puede admitir que venga á menos el derecho sucesorio y la aplicación de la ley reguladora de la sucesión. Bien es verdad que en el caso de que nadie se presente á reclamar la herencia, como consecuencia de este acontecimiento que

(1) Confr. París, 15 Noviembre 1833 (*Journal du Pal.*, 1833); Cass. francesa, 28 Junio 1852 (1852, II, pág. 179).

(2) § 402. Florencia, 1869; Successori *Le Monnier.*

(3) *De las sucesiones legítimas y testamentarias*, cap. VII.

la constituye en estado de caducidad, nace el derecho del Estado á adquirirla y recogerla, no ya como heredero, sino por la falta de personas llamadas á suceder, según las reglas que deben regir la sucesión. Dado tal hecho jurídico, el Estado ejercita su derecho de llevar á su patrimonio los bienes de la sucesión vacante. No obstante, como este derecho suyo nace en relación con el hecho jurídico, es claro que no puede existir más que cuando existe el hecho mismo, por lo que cesará desde el momento en que cese el hecho ó sea la caducidad. El Estado no está en la obligación de probar que no hay sucesor; basta que exista el hecho, esto es, que ninguno se presente á reclamar la herencia como tal. El Estado ejerce en tal caso su propio derecho; pero no es definitivo más que cuando se consuma la prescripción de la acción para reclamar y adquirir la herencia, perteneciente á las personas á quienes compete el derecho sucesorio, según la ley reguladora de la sucesión.

Si en este período de tiempo alguien se presenta á reclamar los bienes hereditarios adjudicados al Estado á consecuencia de la caducidad, es natural que, siguiendo nuestro orden de ideas, se aplique la ley reguladora de la sucesión para decidir si aquel que demanda al Estado la herencia que éste adquirió con motivo de la caducidad, puede ó no ostentar el derecho de sucesor. Nosotros, por lo tanto, consideramos en principio que se debe siempre decidir en conformidad con la ley reguladora de la sucesión, si subsiste ó no la caducidad, sin que se pueda decir que somos inconsecuentes (1).

1.629. Supongamos ahora que el Fisco haya tomado posesión de los bienes de la sucesión caducada, y que después se presente alguien á reclamar como heredero los bienes poseídos por aquél. Dos cuestiones pueden originarse en este caso. La primera, consiste en saber si el que intenta ejercer la acción en calidad de heredero, en contra del Fisco, que se halla en posesión de los bienes, puede ó no promoverla. La segunda estriba en decidir la manera de probar y establecer su cualidad de heredero.

(1) Confr. Antoine, *De la succession*, § 79, pág. 89.

Respecto á la primera, conviene observar que efectuada la posesión de los bienes hereditarios por parte del Fisco, se debe aplicar la ley territorial para decidir si éste ha adquirido ó no definitivamente, en virtud de la prescripción, los bienes poseídos. Hemos demostrado anteriormente que la posesión, tanto de las cosas inmuebles como de las muebles, idónea por sí para realizar la prescripción adquisitiva, se rige por la *lex rei sitae*, y que por consiguiente, verificándose conforme á esta ley, debe considerarse definitivamente adquirida mediante la prescripción la propiedad de la cosa poseída, é inadmisible toda acción fundada en la ley extranjera para atacar la propiedad que legalmente se adquirió (1). Por consiguiente, aparecerá claro que, cuando el Fisco posea los bienes de la herencia vacante durante el tiempo exigido por la ley del Estado para la prescripción adquisitiva, la acción de petición de herencia deberá rechazarse, cualquiera que fuese la ley reguladora de la sucesión. No se trataría ciertamente de una cuestión entre los sucesores, sino más bien de las consecuencias derivadas de la posesión, efectuada bajo el imperio de la *lex rei sitae*, por lo cual no podía contradecirse su autoridad.

En cuanto á la segunda cuestión, observamos que, si de acuerdo con la ley reguladora de la sucesión pudiera considerarse prescrita la facultad de aceptar la herencia perteneciente á la persona llamada á suceder, la acción debería también tenerse por inadmisible. En efecto, no se trataría de la prescripción adquisitiva, sino más bien de la de derecho hereditario, y aun para ello sería indispensable aplicar la ley reguladora de la sucesión. Si todo se redujera á determinar la cualidad de sucesor (2), no nos parece que se pudiese dudar de que debería entenderse como exclusiva la ley reguladora de la sucesión, y por lo tanto, en el sistema italiano se admitiría la autoridad de la ley nacional del *de cujus*.

1.640. En lo que se refiere á la segunda de las cuestiones propuestas, esto es, cómo ha de establecerse y probarse la

---

(1) Véase § 809 y siguientes.
(2) Véase § 1.490.

cualidad de sucesor, admitimos en principio la autoridad de la ley de la sucesión.

La Audiencia de Rennes, en su sentencia de 26 de Noviembre de 1873 (1), por el contrario, expone ciertos principios que, en verdad, no pueden justificarse. Se trataba de la herencia de una tal Osborn, declarada vacante y adjudicada al Fisco francés por falta de herederos. Habiéndose presentado después una viuda llamada Wright á reclamarla, la Audiencia entendió que la cualidad de heredera se había de probar con arreglo á la ley francesa, y rechazó la demanda porque consideró insuficientes, conforme á la legislación citada, los documentos justificativos. Así, aquella Audiencia sentó como principio general, que un extranjero que reclame una herencia adjudicada al Fisco como vacante, debe determinar y probar su cualidad de heredero con arreglo á la ley dicha.

Observamos que si lo que se quiere es considerar como justos y preferibles los principios más favorables á los intereses del Fisco, se puede seguir el orden de ideas establecido en la mencionada sentencia; pero si, por el contrario, se desea fallar conforme á los dictados de la razón y de la justicia, es necesario admitir que el que intente ejercitar su derecho sucesorio respecto á la herencia adjudicada al Fisco por la circunstancia de hallarse en situación de caducidad, pueda eficazmente invocar las reglas que regulan la sucesión, á fin de fundar en las mismas su derecho como sucesor. Es preciso, pues, admitir que en el sistema que acepta la autoridad de la ley nacional del *de cujus* como reguladora de la sucesión en su universalidad, sin distinguir la naturaleza de los bienes, se debe aplicar dicha ley cuando se quiera decidir si uno es ó no sucesor.

En el sistema que considera el derecho sucesorio sometido á la *lex rei sitae* para la sucesión inmobiliaria, y que admite la autoridad del estatuto personal únicamente para la sucesión mobiliaria, se debe por lo menos admitir que, aceptando la anomalía, pueda atribuirse el carácter de estatuto real á la *lex rei sitae*, solamente para la sucesión inmueble, y que respecto á

(1) *Journal de Droit int. privé*, 1876, pág. 105.

ésta tan sólo se llegue á pretender que la cualidad de heredero se pruebe conforme á dicha ley, lo cual es anormal, aunque lógica consecuencia de considerar dicha ley como reguladora de la sucesión inmobiliaria. Pero respecto á la sucesión mueble no se puede, de ningún modo, justificar que mientras el derecho sucesorio con respecto á ella deba regularse por la ley personal del *de cujus*, cuando se trate de establecer la cualidad de heredero en contra del Fisco, que se halle en posesión de los bienes vacantes, se determine con arreglo á la ley territorial. Esta sería, verdaderamente, la más peregrina teoría, aun admitiendo el anormal sistema.

Creemos oportuno advertir que el que reclame la herencia contra el Fisco, puede fundar tal derecho en la ley reguladora de la sucesión, con arreglo á la cual se atribuye el derecho hereditario á los que se encuentren en ciertas relaciones con el *de cujus*. Ahora, si pretende hacer valer su derecho aduciendo ser pariente en determinado grado, ó cónyuge ó hijo natural, está obligado, sin duda, á probarlo, y esta prueba debe presentarse en conformidad con la ley encargada de regir las relaciones de familia. Es necesario, por consiguiente, no olvidar, en principio, lo que hemos dicho en otro lugar, á saber, que cuando aquél que alegue el derecho de suceder, pretenda determinar las relaciones jurídicas entre él y el *de cujus*, debe probarlo atendiéndose á los principios desarrollados anteriormente, respecto á este particular (1).

---

(1) Véase § 1.468 y siguientes.

CAPÍTULO XV

De la división de la herencia.

1.641. La proindivisión de la herencia no puede sostenerse por tiempo indeterminado.—**1.642.** Diversidad de las leyes que rigen la acción de división respecto á las personas que pueden ejercerla.—**1.643.** Respecto á las limitaciones para el ejercicio de la acción. –**1.644.** Diferencia sustancial acerca del concepto de la división, es decir, si es traslativa ó declarativa de la propiedad.—**1.645.** Conflictos que nacen y principios para resolverlos según los jurisconsultos.—**1.646.** Concepto de la división según el derecho moderno en sus relaciones con la ley que debe regularla.—**1.647.** Autoridad de la ley en sus relaciones con la autonomía de las partes.—**1.648.** Eficacia de la convención respecto á los bienes hereditarios existentes en el extranjero.—**1.649.** Limitación del derecho de provocar la división fundada en la disposición del testador.—**1.650.** Ley que regula la capacidad de pedir la división.—**1.651.** Coherederos franceses menores. Autoridad de la ley francesa acerca de la división provisional.—**1.652.** Aplicación de esta ley á la sucesión de un italiano abierta en Francia.—**1.653.** Efectos de la división provisional respecto á los terceros.—**1.654.** Derechos de los cesionarios á intervenir en la división; carácter de la ley que regula la intervención ó exclusión de los mismos.—**1.655.** Nuestra opinión.—**1.656.** División amistosa: capacidad para su validez.—**1.657.** Forma del contrato de división.—**1.658.** Controversias que pueden nacer cuando existan causahabientes menores.—**1.659.** Efectos de la división. Acción de rescisión.—**1.660.** División hecha por los padres y demás ascendientes: carácter de la ley.—**1.661.** Nuestra opinión.—**1.662.** División judicial: competencia del Juez.—**1.663.** Autoridad de la ley territorial.—**1.664.** Operaciones indispensables para la división. **1.665.** Formación de la masa: colación.—**1.666.** No están de acuerdo las leyes que regulan la colación y el modo de entregar la cosa.—**1.667.** Ley que debe regular la colación. Opinión de Laurent.—**1.668.** Nuestra opinión.—**1.669.** Voluntad del donante y del disponente de eximir de la obligación de colacionar, en sus relaciones con la ley que debe regular tal facultad.—**1.670.** Para determinar la voluntad del hombre es

necesario referirse á su ley personal —1.671. Aplicación de los principios á la sucesión de un austriaco abierta en Francia.—1.672. ¿Qué ley debe regir la colación en el caso de un cambio de ciudadanía?.—1.673. Si en caso de conflicto entre la ley de la antigua y de la nueva patria pueden servir las reglas sancionadas por la ley transitoria.—1.674. Observaciones críticas á la sentencia del Tribunal de Casación de Roma en el pleito Zogheb.—1.675. La colación en relación con el derecho de los terceros.—1.676. Ley que debe regular el pago de las deudas y cargas hereditarias entre los coherederos.—1.677. Aplicación de los principios en el sistema italiano.—1.678. Controversia en el sistema francés.—1.679. Conflicto entre la ley italiana y la francesa.—1.680. Discusión acerca de los acreedores.—1.681. El principio de que la división es traslativa ó declarativa en relación con los herederos y con los acreedores.—1.682. Concurso de acreedores. Acción mancomunada ó solidaria.—1.683. Ley que puede desplegar su autoridad en el caso de ejecución forzosa.—1.684. Acreedores hipotecarios.—1.685. Separación del patrimonio del difunto de el del heredero.—1.686. Consecuencias que se deducen admitiendo que la ley tiene el carácter de estatuto real.

1.641. Cuando abierta la sucesión, varias personas sean llamadas á recogerla en calidad de herederos legítimos ó testamentarios, y hayan aceptado la herencia según las reglas expuestas anteriormente, y la cualidad de coherederos se haya reconocido de un modo voluntario ó judicial, estas personas, que por su cualidad de coherederos pueden ostentar derechos respecto al patrimonio del difunto, se encuentran en estado de comunidad, puesto que el objeto de los derechos sucesorios de cada una de ellas, es la herencia tomada en conjunto.

Las leyes de los diversos países regulan este estado de cosas estableciendo las reglas para la administración de la herencia, hasta que los herederos se hallen de acuerdo en mantener la comunidad, y atribuyen á cada uno de ellos el derecho de provocar la división para obtener así la parte de los bienes hereditarios que les pertenezca.

El principio consagrado por el Código civil francés en el artículo 815, de que ninguno está obligado á permanecer en la indivisión y que la división puede ser siempre provocada, no obstante cualquiera prohibición del testador, se encuentra sancionado en esencia por el legislador italiano en los artículos 681

y 984 del Código civil y también por los de los demás países (1). Las razones de pública utilidad en que se funda la necesidad de no mantener la indivisión por tiempo indeterminado, explican que todos los legisladores estén conformes en reconocer, en principio, que debe considerarse de interés público hacer que cese respecto á los bienes hereditarios, reconociendo que á los sucesores se atribuye la acción para pedir la división.

1.642. Sin embargo, son diversas las leyes en diferentes puntos. Ante todo no están conformes al designar las personas que tienen facultad para ejercitar la acción de división, ni respecto á las limitaciones que á las mismas se les pueden imponer en el ejercicio de tal derecho, ó en virtud del convenio especial entre las partes interesadas en suspender la división por un tiempo determinado, ó merced á la voluntad expresa del *de cujus*, que haya prohibido á los sucesores proceder á la división de la herencia hasta cierta fecha por él establecida ó hasta que se realice un acontecimiento por él indicado.

Así, por ejemplo, el Código civil francés dispone que el marido puede, sin el concurso de su mujer, provocar la división de los bienes muebles é inmuebles que pertenezcan á ella por sucesión, cuando caigan en la comunidad, y respecto á los bienes que no estén sometidos á la comunidad, el marido puede pedir una división provisional y provocar la definitiva con el concurso de la mujer. Según la ley italiana, por el contrario, la mujer casada se considera en general personalmente capaz de ejercer sus propios derechos, salvo la necesidad de obtener la autorización del marido, en los casos taxativamente determinados en el artículo 134 del Código civil. Ahora bien, como en tal artículo no está prevista la acción de división por parte de la mujer llamada á recoger una herencia, algunos han sostenido que la mujer casada puede provocarla, sin necesidad de autorización marital, fundándose en el concepto de que la división es solamente declarativa de la propiedad (2), y que aquélla puede

(1) Confr. Código español, art. 1.051; portugués, 2.180; holandés, art. 1.112; de Zurich, 959; germánico, 2.042; de Chile, 1.317.

(2) La Casación de Roma, en su sentencia de 9 de Agosto 1877, *Ospedale civ. di Piacenza c. Finance,* establece que la división de los

adquirir sin necesidad de autorización. No están equivocados, no obstante, los que sostienen que la división es traslativa de la propiedad, y consideran que la autorización del marido debe tenerse como indispensable para la mujer que quiera proceder á la división, así como lo es para todo acto de la mujer casada que lleve consigo enajenación de bienes inmuebles, y esta teoría encuentra también el apoyo de la jurisprudencia (1).

---

bienes inmuebles entre coherederos, se debe considerar simplemente declarativa y no traslativa de la propiedad, cuando los bienes y los coherederos pertenecen á distintos Estados. (Tribunal Supremo de Roma, 1878, pág. 238). Véase también Audiencia de Casale, 29 Julio 1876, Sarzano c. Olivazzi (*Legge*, 1877, I, 252), y Cass. Napoli, 7 Abril 1877, De Bernardis, (*Giorn. dei Trib.*, Napoli, 28, 555).

(1) Confr. Cass. Torino, 8 Abril 1874 (*Legge*, 1874, I, 1.084, pleito Oldani) y 15 Noviembre 1876 (*Ann. di giurispr.*, 1877, I, 75, pleito Pallavicini).

No nos parece que se pueda sostener de un modo absoluto que la división no es un acto traslativo. El legislador, con el fin de prevenir inconvenientes y litigios inevitables entre los coherederos, si se admitiese el concepto romano, ha dispuesto que cada heredero se *considere heredero*, etc. (art. 1.034). A pesar de esto, no se puede negar que la división, teniendo en cuenta el sistema, tomado en su conjunto, tenga el carácter de acto de enajenación, porque de otro modo, ¿cómo se justificaría la garantía sancionada en el art. 1.035 y la hipoteca legal que estatuye el art. 1.969?

En esencia, cada uno de los coherederos no puede ser considerado como propietario de todos los bienes que constituyen la herencia, siéndolo solamente bajo la condición de que los bienes todos formen una masa que ha de dividirse; propietario, por lo tanto, *cum onere divisionis*, bajo la consideración suspensiva de ejecutar la división; y es natural que cuando la condición llegue á efectuarse, tenga efecto retroactivo, por lo que la división, respecto á la propiedad de los bienes, se retrotrae hasta el día de la apertura de la sucesión, obra *ex tunc*, y bajo tal aspecto es declarativa. Pero como después el heredero sucede *in universum jus*, y se posesiona, no de una parte abstracta de los bienes, sino de todos aquellos que como *universitas* constituyen el patrimonio del *de cujus* en el momento de su muerte, no se puede negar que el acto que transforma su derecho á una parte alícuota, en derecho sobre determinados bienes, sea un acto traslativo y conmutativo. Es necesario, por consiguiente, no olvidar que la división es un acto de naturaleza mixta, y que bajo un aspec-

Por lo que se refiere á la división de una herencia que recaiga en un menor no emancipado, el Código francés en el artículo 465, y el italiano en el 296, disponen que el tutor no puede proceder á ella sin autorización del Consejo de familia; sin embargo, el Código francés establece que la división de los bienes que correspondan al menor debe hacerse judicialmente; determina cómo se debe proceder para realizarla definitivamente, y dispone además en el art. 466, que el tutor puede proceder á la división provisional sin observar las reglas sancionadas por la ley, división que se considerará definitiva si el menor, llegado á su mayor edad, no pide su anulación; la jurisprudencia ha establecido que los coherederos mayores que hayan tomado parte en la división provisional hecha por el menor, puedan aprovecharse de la nulidad pronunciada á instancia de éste para pedir que se proceda á nueva división entre todos los interesados (1). El Código italiano, por el contrario, no admite la división provisional provocada por el tutor.

No nos ocupamos de otras diferencias existentes en las legislaciones de los distintos países, en lo que se refiere á las personas capaces de ejercer la acción de división.

1.643. Respecto á las limitaciones impuestas por la ley al ejercicio de la acción de división, se encuentran también notables diferencias. Así el Código italiano establece, en principio, en el artículo 681, que los interesados en una herencia sin dividir, pueden válidamente establecer el pacto de permanecer así por un tiempo que no exceda de diez años. El Código francés, por el contrario, estatuye en el artículo 815, que el acuerdo de permanecer en la indivisión no obliga más que por un período de cinco años.

Según las leyes inglesas, los coherederos pueden convenir en no dividir nunca la herencia; así también lo encontramos sancionado en el Código germánico; pero este último añade que se puede, á pesar de dicho convenio, pedir la división de la herencia cuando existe algún motivo grave (art. 749).

---

to puede ser considerado como *declarativo*, y bajo otro punto de vista, como *traslativo*.

(1) Confr. Cass., 5 Diciembre 1887.

En cuanto á la limitación de la acción de división en virtud de la voluntad expresa del *de cujus*, el Código italiano, en el artículo 984, establece que el testador puede prohibir la división de la herencia entre los herederos instituídos, si uno de ellos es menor de edad, y disponer que la división no se verifique hasta transcurrido un año del cumplimiento de la mayor edad del coheredero menor. Sin embargo, atribuye á la autoridad judicial la facultad de autorizar la división, cuando graves y urgentes motivos lo exijan, á pesar del mandato del testador.

El Código del Imperio germánico sanciona con mayor amplitud, en el artículo 2.044, la facultad del testador de prohibir la división. En efecto, dice así: «El testador puede, en su disposición de última voluntad, prohibir la división, tanto de toda la herencia, como de los objetos singulares de ella, ó bien establecer, que sólo pueda hacerse pasado un plazo determinado desde que se solicite. La disposición pierde su eficacia después de los treinta años de la apertura de la sucesión. No obstante, el que deja la herencia, puede ordenar que la disposición valga hasta que se realice un determinado acontecimiento en la persona de uno de los coherederos, ó en el caso de que ordene una sustitución ó un legado, hasta que se verifique la sustitución ó hasta la entrega del legado». El Código francés, en cambio, no tiene una disposición semejante.

Otra diferencia, no menos notable, se encuentra entre nuestra legislación y la francesa, en lo que se refiere al cesionario de los derechos de un heredero. En efecto, el Código francés estatuye, en el artículo 841, que toda persona, incluso los parientes del difunto, que no sea un sucesor, y á quien un coheredero haya cedido su derecho á la sucesión, puede ser excluído de la división, ya por todos los coherederos, ya por uno de ellos, devolviéndole el precio de la cesión. Tal facultad se denomina *retrait successoral*. El Código italiano, por el contrario, prohibe tal facultad, considerando válida, no sólo la cesión de los derechos hereditarios hecha después de la apertura de la sucesión, sino que además reconoce el derecho del cesionario para intervenir en la división, y para oponerse á ella cuando se proceda sin su intervención.

1.644. Además de las expresadas diferencias, y de otras, 10 pocas, que se encuentran en los sistemas legislativos de los rarios Estados, hay una esencial, que implica la aplicación de :eglas distintas, procedentes del concepto mismo de la división. Esta, en efecto, se considera, según las leyes de algunos países, :omo declarativa de la propiedad, y según las de otros, como raslativa. Tal diferencia de concepto produce la diversidad de os efectos jurídicos derivados de la división, respecto á los ter- :eros que hubiesen adquirido derechos sobre los bienes de un co- ıeredero antes de la división de la herencia, ó que los adquirie- a á consecuencia de la acción de división, en caso de venta en ıública subasta y de adjudicación; supuesto que en sustancia e trataría de decidir si son ó no aplicables las reglas sanciona- las para la venta, mediante pública subasta, de un inmueble, ue no pueda ser dividido naturalmente entre los copropieta- ios á quienes pertenecía. En virtud de la máxima sancionada ıor el Código francés en el artículo 883, se considera que la livisión, es solamente declarativa de la propiedad. Se admite, n efecto, que desde el momento de la apertura de la sucesión, l heredero se halla investido, de pleno derecho, de la posesión de la propiedad de los bienes que constituyen la parte de la erencia que le pertenece. Tal parte se encuentra indivisa, su- uesto que la operación material de efectuar la división de la erencia entre los sucesores es indispensable; pero á pesar de llo, cuando tal operación material se realiza, no produce otro fecto que el de declarar lo que debía considerarse como pro- iedad de los copartícipes desde el momento en que se abrió la ucesión. Así, los jurisconsultos franceses, advirtiendo que cada no de los coherederos viene á ser propietario de la parte que ; pertenece, en virtud de la ley, consideran la división efectiva, omo una declaración de la propiedad de los bienes hereditarios, e la cual cada uno de los sucesores está investido, en virtud de ı ley, desde el momento en que se abre la sucesión.

En el sistema del derecho italiano, se admite, generalmente, ue el heredero está investido de pleno derecho de la posesión de la propiedad, la cual, según algunos, se adquiere en el mo- ıento mismo de la muerte, y según otros, en el de la aceptación.

Sin embargo, el derecho de propiedad del heredero, tiene por objeto el patrimonio sin dividir, y la parte que le pertenece no se hace propiedad suya, sino cuando su derecho, que existe respecto á toda la herencia como derecho proindiviso, se concreta á los bienes que le han correspondido y se convierte así en un derecho determinado. Ahora bien, como el hecho jurídico que transforma el derecho sobre toda la herencia en derecho sobre la cuota de los bienes que pertenece á cada uno de los sucesores es la división, ésta produce el efecto de atribuir la propiedad y como tal, atendiendo á su naturaleza, es un acto traslativo puesto que, en suma, realiza una traslación y una conmutación del dominio.

Los jurisconsultos italianos, fundándose, no obstante, en el artículo 1.034 del Código civil, que se halla conforme con el 883 del Código Napoleón, sostienen que la división es un acto declarativo y niegan, por consiguiente, que sea traslativo de propiedad, según el concepto del Derecho romano.

1.645. No creemos oportuno aclarar otras notables diferencias, porque entendemos que las que hemos expuesto bastan para poner de relieve los conflictos que naturalmente pueden nacer cuando se intente proceder á la división, los cuales son inevitable consecuencia de la diversidad de las leyes, que no regulan tal materia de igual modo en todos sus particulares.

Los jurisconsultos que se ocuparon de esta materia, discutieron si la ley que regula la división de los bienes hereditarios tiene ó no el carácter de estatuto real, con la intención de determinar de este modo, cuál es aplicable para llevar á efecto la división de dichos bienes.

Los juristas antiguos, que atribuyeron el carácter de estatuto real á toda ley relativa á los inmuebles, entendieron que la división de los bienes hereditarios, debe regirse por la ley vigente en el lugar en que se hallan situados.

Froland, discutiendo esta cuestión, se expresa así: En cuanto á los inmuebles reales, no cabe duda que la partición debe hacerse con arreglo á las costumbres del país donde están situados; de modo que los copartícipes recibirán unas veces más y otras menos, y aun podría suceder que alguno de ellos

no recibiera nada, en tanto que los otros participaran abundantemente de los efectos de la sucesión» (1). Respecto á los inmuebles, sigue la conocida regla *mobilia sequuntur personam.*

Entre los modernos, Foelix también establece, en general, que la división de la sucesión *abintestato*, en lo que se refiere á los inmuebles, debe ser regulada por la *lex rei sitae*. En efecto, atribuye el carácter de estatuto real á la ley «que concierne á la sucesión *abintestato* en los inmuebles, y la partición de esta sucesión» (2).

En Inglaterra prevalece el principio de que para la división de los bienes muebles, debe en general aplicarse la ley del domicilio del testador en el momento de su muerte (3).

Conviene advertir que los jurisconsultos antiguos, cuando hablaban de la división de los bienes muebles é inmuebles, discutían bajo un punto de vista muy distinto. Creyeron que se trataba de la ley según la cual debía determinarse la medida de los derechos sucesorios que correspondían á cada uno de los herederos, y en virtud del principio generalmente admitido de que los inmuebles no pueden transferirse más que en conformidad con la *lex rei sitae*, entendieron que la herencia *abintestato* debía dividirse, y en cuanto á los inmuebles, se regirían por la ley del lugar donde estuvieran situados, porque el estatuto que les concierne tiene el carácter de real. Rodemburg, en efecto, hablando de las leyes que tienen el carácter de estatuto real (*quae quidem jure precipui mere realia sunt*), dice: «*Cujusmodi appellamus ea, quae de modo dividendarum abintestato haereditates tractant, territorium non egredientia; conspirant enim eo vota fere omnium, bona ut dijudicentur sua lege loci, in quo sita sunt vel esse intelliguntur*» (4).

Era natural que discurriendo bajo tal punto de vista, hi-

---

(1) *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, tomo I, página 67-68, y tomo II, pág. 1.288 y siguientes; compárese Boullenois, *Questions qui naissent de la contrarieté des coutumes et des lois*, pág. 486 y siguientes.

(2) Foelix, *Droit int. privé*, 4.ª edición, tomo I, pág. 122.

(3) Dicey, *Conflict of Law*, regla 179, pág. 677.

(4) Rodemburg, *De divers statut.*, tít. II, cap. II, § 1.º, núm. 1.º

cieran la distinción entre los inmuebles y los muebles hereditarios, sosteniendo la autoridad de la *lex rei sitae* para los primeros, y la del domicilio del *de cujus* para los segundos. Creyeron que para la división del patrimonio del difunto, se debía tener presente la regla del Derecho común, que así se encuentra enunciada por Hubero: «*Communis et recta sententia est, in rebus immobilibus servandum esse jus loci, in quo bona sunt sita; quia cum partem ejusdem territorii faciant, diversae jurisdictionis legibus adfici non possunt. Verum in mobilibus nihil esse causae, cur aliud quam jus domicilii sequamur; quia res mobiles non habent affectionem versus territorium, sed ad personam patrisfamilias dumtaxat, qui aliud quam, quod in loco domicilii obtinebat, voluisse videri non potest*» (1).

1.646. La división, tal como se encuentra regulada por las legislaciones modernas, no se refiere á la medida de los derechos sucesorios que corresponden á los llamados en virtud de la ley ó del testamento á recoger la herencia, y que tienen todos un derecho indiviso respecto al patrimonio del *de cujus* que constituye en su unidad el objeto de los derechos de cada uno, sino á la liquidación efectiva de la herencia, y la determinación de los bienes que componen la cuota perteneciente á cada uno como sucesor. La cuestión, por consiguiente, consiste en averiguar qué ley debe regular todas las operaciones necesarias para promover la división, proceder á la liquidación, asignar á cada uno los bienes que le pertenecen de los que componen la herencia, regular los efectos que se derivan de la división en las relaciones entre coherederos y en las de éstos con los acreedores de la herencia y con los suyos personales. Sería inútil discutir, en general, si la ley á que debe someterse la división de los bienes hereditarios tiene ó no el carácter de estatuto real, puesto que, según los más justos conceptos, la autoridad territorial de toda ley, debe fundarse en principios muy diversos de los que prevalecieron en otros tiempos. Tampoco se puede decir, en general, que como la división es consecuencia del derecho sucesorio, y tiende á hacer real, concreto y

(1) Huberus, *De conf. legum*, vol. I, libro III, *De success.*, pág. 278

específico el derecho de cada uno, como sucesor, todo debe depender de la ley que regule la sucesión, porque los procedimientos indispensables para verificar la división pueden encontrarse en relación con los derechos correspondientes á los herederos, y sin que esté interesado el soberano del lugar donde el ejercicio y el desarrollo de tales derechos vengan á realizarse; quizás se encuentren en relación con el Derecho público territorial, por lo que debe admitirse la autoridad mayor de la ley del lugar donde el derecho perteneciente á los herederos, de no permanecer en común y de efectuar la división, llegue á ejercitarse. Conviene, por lo tanto, analizar minuciosamente la naturaleza de las diversas relaciones, para determinar la ley que debe desplegar su autoridad con el fin de regular su contenido y efectos.

1.647. Comenzamos por observar que la ley á que se subordina la herencia indivisa como hecho jurídico, y que atribuye á los que se encuentran en tales condiciones el derecho de hacerla cesar, proponiendo judicialmente la acción para llevar á efecto la división, teniendo en cuenta su finalidad, debe considerarse como inspirada en razones de interés general y de orden público. El estado de indivisión puede ofrecer indudablemente no pocas ventajas, de igual modo que toda sociedad constituída con un fin de interés común. Es, pues, muy fácil comprender que además del ahorro de los capitales necesarios para la administración y para las obras destinadas á mejoras, la producción económica puede aumentarse considerablemente, manteniendo el patrimonio en su unidad, haciéndose, de este modo, más sencilla una empresa mucho mayor, que fraccionándolo y dividiéndolo en partes. No obstante, de igual modo que toda forma de sociedad puede considerarse subsistente sólo en virtud de la libre voluntad de los asociados, la que se engendra cuando varias personas llamadas como herederos á recoger el patrimonio del difunto se encuentran, naturalmente y sin su voluntad expresa, en situación de comunidad, no puede mantenerse contra la voluntad de los mismos. Se debe, por lo tanto, admitir que como el continuar ó no en la indivisión de los bienes hereditarios es propio del campo de la autonomía, todo

debe depender del acuerdo tácito ó expreso de los coherederos, y por consiguiente, es necesario aplicar en general las reglas á que se someten los contratos de sociedad para decidir acerca de la eficacia del acuerdo relativo á sostener ó á disolver la comunidad hereditaria.

1.648. Hemos notado ya, que las leyes de ciertos países limitan el campo de la autonomía, al establecer que el acuerdo de mantener los bienes hereditarios sin dividir, no es eficaz más que por cinco años, al cabo de los cuales puede renovarse. ¿Qué carácter debe atribuirse á tal ley? Si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley extranjera que consienta, por diez años, el pacto de que nos ocupamos, y una parte de los bienes hereditarios se encuentra en otro país, donde, según la ley, dicho convenio no es eficaz más que durante cinco años, ¿cómo debe resolverse la cuestión acerca de la validez del acuerdo pactado?

No se puede sostener, ciertamente, que el contrato de permanecer en la proindivisión durante diez años, estipulado entre los coherederos de una herencia sujeta á la ley italiana, tenga que considerarse intrínsecamente nulo, incluso para sus efectos jurídicos respecto á los bienes existentes en país extranjero; se debe, por el contrario, admitir que puede ser eficaz entre los contratantes, aun en la hipótesis de que una parte de los inmuebles hereditarios se encuentre en territorio francés. Nótese que, según el sistema sancionado por el legislador italiano, la herencia, en cuanto representa el patrimonio del *de cujus* en sus relaciones con los herederos, se considera como una *universitas*, sin distinguir la naturaleza de los bienes ni el lugar en que éstos se encuentran situados. Tratándose, en la mencionada hipótesis, de sucesión sujeta á la ley italiana, no puede, desde luego, prohibirse á los herederos estipular válidamente el pacto de permanecer en comunidad por diez años, según la regla sancionada por el legislador patrio en el art. 681. Tal convención no podría considerarse intrínsecamente nula por la circunstancia de que una parte de los bienes hereditarios se encontrase en Francia. Sería inútil aducir que en virtud de la disposición que contiene el art. 3.° del Código francés y de las aplicaciones hechas por la jurisprudencia, se debe atribuir el carácter de estatuto real

á las leyes que regulan la sucesión respecto á los inmuebles existentes en Francia, y que aplicando la máxima sancionada por el legislador en el art. 815 no se puede estipular el pacto de permanecer en común más de cinco años. Basta, en efecto, notar que, en virtud de tal artículo, el legislador francés no dice que el convenio de continuar en la indivisión de la herencia por más tiempo del fijado sea intrínsecamente nulo, sino que lo que exceda de dicho tiempo no es obligatorio, lo cual significa que la acción judicial para continuar en la proindivisión por más de cinco años, derivada del contrato dicho, no es admisible. De lo que se sigue que el Magistrado no puede declarar obligatoria la convención más que dentro del período de tiempo fijado por el legislador.

Sentada esta advertencia, dos hipótesis se pueden hacer, á saber: una, que los coherederos contratantes ejercitaran la acción ante los Tribunales italianos para sostener su eficacia. En estas circunstancias, los Tribunales italianos, que no podrían por menos de estimarse competentes, debiendo referirse á la ley italiana (art. 8.°, *disposiciones generales*), declararían válido y eficaz el pacto, y aplicarían el art. 681 para regular las relaciones entre los coherederos de la herencia de un italiano.

La segunda hipótesis tendría efecto en el caso de que uno de los coherederos interpusiera la acción ante el Tribunal francés para obtener la división de los inmuebles existentes en Francia, aduciendo que el pacto estipulado de tenerlos en común no era obligatorio más que por cinco años. En tales circunstancias, el Tribunal francés se declararía naturalmente competente en virtud del art. 3.° del Código civil, que somete los inmuebles existentes en Francia á la legislación de la misma, y considerando que á la sucesión inmobiliaria debe aplicarse la ley francesa, y que el derecho de legislación implica también el de jurisdicción (1), decidiría la controversia aplicando el artícu-

(1) Colmar, 12 Agosto 1817 (*Journal du Pal.*, tomo XIV). Confróntese Merlin, *Rép.*, v.° *Loi*, § 6.°; Proudhon, *Droit franc.*, tomo I, página 56, y Duranton, tomo I, pág. 84; Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 7.°, número 37; D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218; Froland, *Traité des statuts*, tomo II, part. 2.ª, cap. XXVII.

lo 815, y declararía, por consiguiente, que el convenio debía reducirse, para su eficacia, al término de cinco años, en conformidad con cuanto dispone el legislador francés. De nada serviría alegar que tratándose de la sucesión de un italiano y del pacto relativo á la misma, eficaz y obligatorio según el derecho de Italia, debe considerarse válido aun en Francia, del mismo modo que los demás contratos que se hallan dentro de la esfera de acción de la autonomía de los contratantes. Con más razón se aduciría que como la ley que fija en un tiempo determinado el carácter obligatorio del pacto de permanecer en comunidad, es de interés general y limita precisamente la libertad de los contratantes, por lo que debe considerarse como de orden público territorial, ó como ley de policía, no se podría en virtud de la ley extranjera atribuir eficacia al acuerdo que derogase la ley territorial de orden público. El Tribunal francés, por consiguiente, fallaría de acuerdo con la demanda en que se pidiera que el convenio de permanecer en la indivisión, después de los cinco años, se considerase nulo.

Añadimos además, que siguiendo el expresado orden de ideas, entendemos que el mismo principio debe aplicarse en el caso de comunidad hereditaria de bienes muebles existentes en Francia, siempre que según el sistema allí adoptado, se admita que sólo la sucesión inmobiliaria debe someterse á la ley francesa, y que la mobiliaria puede subordinarse á la ley personal del *de cujus*. A una y á otra comprende la máxima sancionada en el artículo 815, que establece que ninguno está obligado á permanecer en la indivisión; esta disposición tiene el carácter de ley de policía y de orden público, por lo que independientemente de la distinción de comunidad hereditaria relativa á la sucesión inmobiliaria ó mobiliaria, debe admitirse que la mencionada máxima del art. 815 del Código civil francés no puede ser derogada en virtud de una ley extranjera.

Conviene advertir que en general, la sentencia del Tribunal francés, no podría ser eficaz más que respecto á los bienes existentes en Francia. Pero como el legislador italiano, declarando válido el pacto de permanecer en la indivisión de la herencia por diez años, estatuye que la autoridad judicial puede, cuando

graves y urgentes necesidades lo requieran, ordenar el rompimiento de dicho pacto, aun antes del tiempo convenido, la decisión del Tribunal francés debería considerarse como grave y eficaz motivo para proceder á la división, aun de los bienes existentes en Italia, siendo urgente que la herencia no quede parte dividida y parte sin dividir.

1.649. Los mismos principios creemos que deberían aplicarse en la hipótesis de que el derecho de pedir la división de la herencia, se encuentre limitado por virtud de las disposiciones del testador. El legislador patrio admite esta facultad, cuando los herederos instituídos, ó alguno de ellos, sean menores, en cuyo caso el testador, conforme al artículo 984, puede prohibir la división de la herencia hasta que transcurra un año después de que cumpla la mayor edad el menor. No parece que tal prohibición sirva para mantener forzosamente la indivisión de los bienes existentes en un país extranjero, donde, según la ley, nadie esté obligado á permanecer en comunidad contra su voluntad. Debiéndose considerar la ley territorial como ley de policía, no es admisible que en virtud de la voluntad del testador sancionada por la ley extranjera, se pueda derogar aquélla (1). Considerando que la misma ley extranjera no derogaría la territorial de interés social, es muy natural que no tenga valor la voluntad del testador declarada en conformidad con la ley extranjera.

No se podría alegar, en contrario, que las leyes que rigen las condiciones de los incapaces tienen el carácter de estatuto personal, por cuyo motivo las disposiciones sancionadas en interés de los menores deben depender de su ley personal; puesto que cuando frente á los intereses de los menores se encuentran los colectivos ó el interés social, y el legislador, á fin de eliminar los daños y de prevenir los inconvenientes que puedan surgir deman-

(1) Acerca de los inconvenientes que se derivan de la indivisión, véase Demolombe, *Des successions*, tomo III, § 485-486.

Papiniano, hablando de las cuestiones que nacen de la indivisión, que causa frecuentes pleitos y rencores, dice: «*Discordias propinquorum, quas materia communionis solet excitare*». L. 77, § 20, *De legat.*, 2.º

tener las personas en comunidad contra su deseo, regula el hecho jurídico, y en vista de los intereses generales estatuye que nadie está obligado á permanecer en común, no obstante cualquiera prohibición contraria, tal ley tiene el carácter de ley de policía y de orden público, y no puede ser derogada ni supeditada á la ley personal que emana del soberano extranjero para proteger los intereses de los incapacitados sujetos á su autoridad.

1.650. Visto que la acción de división de una herencia puede subordinarse, en determinados casos, á la ley del país donde se encuentran los bienes hereditarios indivisos, pasemos á examinar cuál sea la ley que debe desplegar su autoridad cuando se trate de decidir quién debe considerarse capaz para promover la acción.

Tal cuestión, en general, debe decidirse conforme á los principios que se refieren á la capacidad jurídica. Se trata, en efecto, del ejercicio de un derecho relacionado con la condición civil de la persona, y es necesario atenerse naturalmente á la ley que regula la capacidad jurídica, en su nexo con la condición civil de aquel á quien compete el ejercicio del derecho. Por ejemplo, para decidir si para el ejercicio de la acción de división de herencia correspondiente á un menor emancipado ó no emancipado, á un incapacitado, á un ausente, á una mujer casada, el menor debe ser representado por el tutor, el padre ó el administrador legal de sus bienes, si es necesaria ó no la autorización del Consejo de familia y la aprobación del Tribunal, si los que poseen por un ausente, pueden promover la división de la herencia á que esté llamado éste, si la mujer casada puede promover esta acción ó si necesita la asistencia del marido, su autorización ó la del Juez; considerando que estas cuestiones no pueden depender de la ley reguladora de la sucesión ni de la del lugar donde se hallen los bienes, porque se refieren precisamente á la capacidad jurídica, será necesario atenerse, para resolverlas, á los principios que deben regir en general dicha capacidad en el disfrute de los derechos civiles.

Aun en el sistema francés que atribuye la condición de estatuto real á toda disposición referente á la sucesión inmobiliaria, no se puede sostener que se consideren de tal carácter las

disposiciones que conciernen á la capacidad para promover la división de una herencia, sino que es indispensable, por el contrario, tener en cuenta el estatuto personal y los principios que rijan la autoridad del mismo respecto al ejercicio de los derechos.

1.651. Aplicando los principios expuestos, se deduce que, en el caso de la herencia de un francés abierta en Italia y perteneciente á un menor no emancipado, ó á un incapacitado, es necesario referirse á los artículos 465, 466, 519 y 817 del Código civil francés para decidir cómo se ha de proceder á la división; y se observa además, que como el Código francés en el artículo 838 establece que cuando entre los coherederos exista un menor, aunque esté emancipado, ó un incapaz, la división debe hacerse judicialmente, es preciso atenerse á tal precepto para hacerla válida y efectiva.

Es necesario también admitir lo que el legislador estatuye en los artículos 466 y 840, es decir, que siempre que el tutor no hubiese cumplido todas las prescripciones sancionadas por la ley, la división hecha sin ajustarse á las reglas prescritas por ella, no podría tener el carácter de definitiva, sino que debería considerarse como provisional, y el menor, al llegar á la mayor edad, podría provocar la nulidad de esta división. Tales disposiciones, como tienden á proteger la condición de los menores franceses y á establecer las garantías legales para la salvaguardia de sus derechos, forman parte de su estatuto personal y deben, por consiguiente, desplegar su autoridad, no solamente en el caso de que los coherederos sean todos franceses, sino hasta en la hipótesis de que en la herencia estén interesados mayores italianos, y á pesar de que el Código civil italiano no hace distinción alguna entre la división provisional y la definitiva. La razón es, que las prescripciones legales para la tutela de los derechos de los incapaces, deben depender de su estatuto personal, y que los asuntos jurídicos en los que intervienen personas mayores de edad y menores, deben someterse á la ley personal de cada uno de ellos, dado que, en consideración á la incapacidad de los menores, ésta prescriba los requisitos legales para protegerlos y regule los

efectos jurídicos derivados de la inobservancia de las mismas prescripciones.

1.652. Una duda grave puede nacer en la hipótesis de la sucesión de un italiano abierta en Francia, y perteneciente á menores italianos y á mayores extranjeros. Si los coherederos no quieren permanecer en la indivisión, y el tutor ó el padre de los menores procede á la división sin observar las disposiciones sancionadas en los artículos 296, 301 y 224 del Código civil italiano, la división que se haga en esta forma, que estaría atacada del defecto de nulidad según la ley italiana, ¿tendría, al menos, el carácter de división provisional, en conformidad con cuanto establece el legislador francés en los mencionados artículos, á pesar de que en nuestro Código civil no se reconoce la división provisional?

Los jurisconsultos franceses, discutiendo esta controversia, observan que la institución de la división provisional admitida por el Código francés, que le atribuye un carácter enteramente especial, legalizando los efectos que de ella pueden derivarse, no está admitida por el legislador en interés de los menores, sino por razones de orden público, y con el fin, principalmente, de evitar las dificultades y los entorpecimientos que pueden nacer de considerarse nulos los actos de administración ejecutados por los copartícipes en los bienes adjudicados á cada uno de ellos en virtud de tan irregular división. Aquéllos observan también, que el legislador, para asegurar el valor de las transacciones y de los actos de administración, á fin de impedir pleitos ruinosos, confiando en que los herederos menores cuando cumplan la mayor edad pueden ratificar la división provisional hecha de un modo irregular, la considera eficaz legalmente para todos los efectos relativos al goce de los bienes que correspondan á cada uno en la división, y reputa á los coherederos, respecto á tales bienes, como usufructuarios. Valorando así la finalidad de la institución, atribuyen á la ley que la regula, el carácter de estatuto real, y la creen, por consiguiente, aplicable, hasta en el caso de que la división ilegal se verificara en Francia entre coherederos, de los cuales algunos fuesen menores extranjeros (1).

(1) Confr. Laurent, tomo VII, § 23; Weiss, *Traité*, tomo IV, pági-

No nos parece que se pueda atribuir en principio el carácter de estatuto real á la ley francesa que legaliza la división provisional. La circunstancia de encontrarse en territorio francés los bienes hereditarios pertenecientes á un menor italiano, no puede ser, por sí misma, suficiente para sustituir por la ley francesa, la italiana, llamada á regular la condición de sus menores y la fuerza jurídica de los actos realizados por los que los representan. En esencia, se trata de decidir el valor del acto jurídico en relación con la capacidad ó incapacidad de las partes, y entendemos que no es posible dudar de que todo se sujeta al estatuto personal, así como de él deben depender las consecuencias de la incapacidad. La ley francesa, que asume el carácter de estatuto personal respecto á los nacionales, y que debe aplicar su autoridad á regular los actos que ejecuten los menores franceses incapaces, ha podido ciertamente establecer que en las circunstancias que prevé el legislador, la división, aun cuando nula, puede tener el carácter de división provisional respecto á los menores franceses. Aquel legislador ha tenido, sin duda, sus razones para dictar tales preceptos, y principalmente los que se refieren á vigilar del mejor modo los intereses económicos y los generales; pero esto no quita que la ley tenga el carácter de eminentemente personal, y no nos parece justo querer atribuirle, en general, el carácter de estatuto real, admitiendo, en principio, que debe aplicar su autoridad á transformar una división nula, según la ley italiana, en división provisional y con efectos legales, conforme con lo que establece el legislador francés.

De entender así las cosas, se seguiría que aun en la hipótesis de que todos los coherederos fuesen italianos, y entre ellos unos mayores de edad y otros menores, el tutor podría proceder á la división violando las prescripciones de la ley italiana para proteger la condición de los incapaces, y pretender que el acto jurídico nulo, según la ley personal, se reputase legal para todos los efectos jurídicos que de él se derivaran según la ley territo-

nas 653 y 654; Despagnet, ob. cit., § 368, pág. 689 (3.ª edición); Champcommunal, *De la succession*, páginas 410 y 411.

rial (1). Tal consecuencia, ¿acaso no contradice el principio generalmente admitido en Francia por la doctrina y la jurisprudencia, según el cual el estatuto personal de los menores extranjeros extiende su autoridad respecto á ellos hasta en territorio francés? Si la división hecha ilegalmente por el tutor, es nula según la ley italiana, debe considerarse así en Francia, admitiéndose, por consiguiente, el derecho del menor para pedir la nulidad, fundándose en cuanto dispone con este propósito el legislador italiano.

Añadamos, además, que si todos los coherederos no fuesen italianos, sino que unos menores fueran italianos y otros mayores italianos y franceses, la división hecha entre ellos de los bienes existentes en territorio francés, sin la observancia de las disposiciones sancionadas por el legislador italiano para la validez de los actos realizados por representantes de los incapaces, debería considerarse nula respecto á todos. Incumbe, en efecto, á los mayores conocer la condición de las personas con quienes contratan, y la autoridad del estatuto personal de las mismas.

1.653. Se aduce, no obstante, que, como consecuencia de la división provisional, pueden nacer derechos é intereses por parte de los terceros que hubieran contratado respecto á los bienes pertenecientes á cada uno de los copartícipes en virtud de la división irregular. El asunto toma así un aspecto muy diferente. Nosotros hemos sostenido que siempre que se ponga en litigio el derecho de los terceros, se puede invocar eficazmente la aplicación de la ley bajo cuyo imperio ha nacido el hecho jurídico que originó la relación jurídica respecto al tercero. Del mismo modo que la posesión de hecho de los bienes hereditarios, puede producir ciertos efectos en consideración á los terceros, como hemos dicho anteriormente (2), así la división de hecho ejecutada bajo el imperio de una ley que le atri-

---

(1) Confr. Antoine, que sostiene que, según la ley nacional del menor, se debe decidir si la división es ó no válida como provisional. *De la succession*, pág. 127, núm. 121.

(2) Véase § 1.501, al final.

buya ciertos efectos respecto á los terceros, puede producirlos en conformidad con la ley bajo cuyo imperio se ha verificado el estado de hecho y la relación del tercero. Nosotros, por lo tanto, consideramos indispensable hacer una distinción acerca de los efectos de la división provisional en sus relaciones entre los coherederos, y en sus relaciones respecto á los terceros.

Negamos que la división de los bienes de la herencia de un italiano, hecha ilegalmente entre coherederos, sea válida provisionalmente entre las partes, en virtud de cuanto dispone la ley francesa; pero admitimos, sin embargo, que los terceros que hayan adquirido derechos sobre los bienes atribuídos provisionalmente á los copartícipes, puedan oportunamente invocar la aplicación de la ley territorial para obtener la salvación de sus derechos.

1.654. Por lo que concierne á las personas que pueden intervenir en la división, una dificultad puede nacer respecto á aquellas á quienes se les haya cedido por los coherederos individualmente, la parte de la herencia á que éstos tenían derecho. No está prohibido, en efecto, al coheredero, ceder sus propios derechos sucesorios después de abierta la sucesión, y según la ley italiana (art. 680), los cesionarios pueden intervenir por su cuenta y riesgo en la división y oponerse á la en que se proceda sin su intervención, y así lo dispone también el legislador español en el art. 803 (*a*). El legislador francés, por el contrario, estatuye en el art. 841 que toda persona, incluso los parientes del difunto, que no sea sucesor, y á quien un coheredero haya cedido su derecho á la sucesión, puede ser excluído de la división, ya por todos los herederos, ya por uno de ellos, reembolsándole el precio de la cesión.

Los jurisconsultos han discutido acerca del carácter de tal disposición legislativa. Algunos han opinado que debe atribuírsele la autoridad de estatuto real, fundándose en el principio de que la disposición que admite ó niega el derecho del ce-

(*a*) Debe referirse el autor á los arts. 1.082 y 1.083 del Código español, pues el art. 803 no contiene declaración alguna que se relacione con esta materia, y está destinado á regular la administración de la herencia por el heredero condicional.

sionario á intervenir en la división, está inspirada en razones de orden público, y se basan principalmente en los motivos aducidos en el alegato presentado ante el Tribunal bajo el título «De las sucesiones», á propósito del art. 841. «Está en el interés de las familias—decía Chabot—que no se admita para conocer sus secretos y que no se mezclen en sus negocios, extraños á quienes sólo la avaricia ó el deseo de perjudicar han podido resolver á hacerse cesionarios» (1).

La Casación francesa (2), en su sentencia de 15 de Mayo de 1844, dice: «Descansando el retracto sucesorio en motivos de orden público, ninguna estipulación entre el cedente y el cesionario puede eximir á éste de la aplicación del retracto».

Fundándose en tales motivos Brocher (3), se inclina á considerar la disposición de que nos ocupamos como una ley de policía, por lo que le atribuye autoridad territorial en virtud de la disposición sancionada en el párrafo 1.° del art. 3.° del Código civil. «Las leyes de policía y seguridad obligan á todos los que habitan el territorio». Laurent (4), combate en principio la institución como se encuentra aceptada en el Código de Napoleón, y considera *le retrait successoral* como un error legislativo; pero admite, sin embargo, que á la manera como en Francia tienen el carácter de reales las leyes que tratan de la sucesión, así el artículo en cuestión debería desplegar su autoridad al caso de la sucesión inmobiliaria, y que sería por lo mismo aplicable hasta en la hipótesis de la sucesión de un italiano abierta en Francia respecto á los bienes inmuebles hereditarios, y no extensiva á los muebles, aun evidenciando el absurdo que se seguiría al tener que considerar la convención, en lo que se refiere á sus efectos, como inmoral, respecto á los inmuebles y como moral en cuanto á los muebles. Weiss (5), que admite en

(1) Chabot, *Rapport*, núm. 59; Locré, tomo V, pág. 126 (edición de Bruselas).

(2) Véase Cass., 15 Mayo 1844 (*Journal du Pal.*, tomos XLII y XLIII).

(3) *Droit int. privé*, tomo I, pág. 427.

(4) *Droit civil int.*, tomo VII, § 26.

(5) *Traité*, t. IV, *Les conflits des lois*, pág. 654-655.

principio que todo ha de depender de la ley reguladora de la sucesión, sostiene, sin embargo, que debe atribuirse á la disposición, la autoridad de estatuto real, y por consiguiente afirma que *le retrait* no puede admitirse en Italia en la división de una sucesión francesa, puesto que la ley italiana que excluye el derecho de *retrait successoral*, tiene el carácter de las de orden público internacional, por lo que debe gozar autoridad sobre el territorio sometido á su imperio.

1.655. No intentamos discutir si la disposición sancionada en el artículo 841 del Código civil francés debe considerarse como un error legislativo, ni si ha de tenerse por lesiva del derecho de propiedad. El legislador francés no limita, en realidad, el derecho del heredero á disponer de la parte que le corresponda en la herencia, haciendo válidamente la cesión, sino que regula, á su manera, los efectos de la misma en las relaciones entre el cesionario y los coherederos; niega á aquél el derecho de intervenir en la división contra la voluntad de todos ó de uno solo de los coherederos, y atribuye á éstos el derecho de excluirle cuando lo intente, reintegrándole del precio de la cesión. Teniendo en cuenta los motivos que inspiraron la disposición, tal como fueron expuestos por Chabot cuando se discutió el proyecto de ley, aparece claro que tendió á proteger los intereses de las familias; sin embargo, aun admitiendo, como dice la Casación francesa, que la disposición esté inspirada en motivos de orden público, entendemos, sin pretender juzgar á fondo su oportunidad, que no se puede poner en duda que, como medida de protección, no mira más que á velar por los intereses de la familia francesa. Nos parece excesivo querer atribuirle el carácter de una medida de policía general y admitir así su autoridad *erga omnes*, concediéndole el alcance de toda ley que debe tener autoridad territorial absoluta.

Si atendemos á los principios generales que han de regular la cesión y determinar su contenido y sus efectos jurídicos, nos parece que no es oportuno referirse á la ley del lugar donde se encuentren los bienes hereditarios, ni á la del país donde se verifique el juicio de división, para justificar la aplicación de la *lex fori*, como si se tratase de una disposición relativa al

juicio y al procedimiento. Creemos, por el contrario, dado que un coheredero haya cedido su derecho indiviso y que se trate de determinar la ley á que ha de subordinarse la cuestión, que es más procedente atenerse á los principios que regulan la autoridad de la ley respecto al contenido de la cesión, y á sus efectos jurídicos en las relaciones entre el heredero cedente y los demás coherederos. Y refiriéndonos á tales principios observamos que, el que cede el derecho hereditario que le pertenece, cuando la herencia se haya abierto y está sin dividir, realiza un acto jurídico equivalente á una venta, y que para determinar los derechos que el cesionario adquiere, tanto respecto á los bienes que son objeto de la cesión, como á las acciones que puede ejercitar para hacer efectivos sus propios derechos, debe depender todo de la ley reguladora de la sucesión. Supuesto que en conformidad con tal ley, el sucesor no pueda ceder la facultad de accionar para transformar su derecho indiviso en derecho dividido, no obstante la oposición de sus coherederos, no es admisible que el cesionario funde su derecho de acción en ley diversa. No podría, en efecto, referirse á la ley del país donde se encuentren los bienes, porque la ley reguladora de la acción no concierne á los bienes, ni tampoco á la del país donde la división se promueve, á causa de no referirse la disposición que limita la acción respecto al cesionario, en el caso que discutimos, al procedimiento ni al juicio, sino más bien al fondo del derecho. Opinamos, pues, que todo debe depender de la ley reguladora de la sucesión. En el caso de que esta ley al regir el derecho de acción correspondiente á los coherederos para transformar el propio derecho sucesorio de derecho indiviso en derecho dividido, y aun concediendo la facultad de ceder el propio derecho hereditario, niegue, no obstante, la de transmitir al cesionario el derecho de intervenir en la división cuando exista oposición por parte de los otros coherederos ó de uno de ellos, no nos parece que el cesionario podrá invocar una ley distinta para sostener que ha adquirido en su virtud un derecho mayor y más amplio. Por otra parte, también sostenemos que cuando la ley reguladora de la sucesión establezca que el cesionario tiene derecho á intervenir en la división, no se le

podrá negar éste si quiere ejercitarlo en otro país donde el legislador, para proteger los intereses de las familias sometidas á su imperio, haya sancionado una máxima igual á la que se encuentra establecida en el art. 841 del Código civil francés.

Aplicando estos principios, observamos que, tratándose de la sucesión de un italiano abierta en Francia, y suponiendo que uno de los coherederos haya cedido su derecho sucesorio indiviso, el cesionario podrá intervenir en la división, sin hacer distinción entre sucesión inmobiliaria y mobiliaria, puesto que examinando detenidamente la disposición del artículo 841 y los motivos que la inspiraron, tal como los expuso Chabot, no se puede por menos de descubrir en ella el carácter de toda ley de interés exclusivamente personal. Aun admitiendo que se deba considerar como una medida de protección, es necesario reconocer que está destinada á amparar los intereses de la familia francesa. Si el legislador hubiese prohibido en absoluto la cesión de los derechos hereditarios, violando así la libertad de las transacciones comerciales y los derechos absolutos del propietario, se podría decir que la cesión de la herencia de un italiano, hecha por uno de los coherederos italianos, no tendría eficacia en Francia respecto al patrimonio inmobiliario allí existente, por razón de la autoridad territorial de las leyes á que se someten en dicho país las sucesiones inmobiliarias, y también por el principio general de que respecto á los inmuebles compete á la soberanía territorial determinar si pueden y cómo ser objeto de contrataciones y de comercio. Por el contrario, el legislador francés no declara nula la cesión, sino que para proteger los intereses de la familia, condiciona el derecho del cesionario á intervenir en la división, lo cual equivale á limitar el derecho de acción por un motivo de interés público, que es el de impedir á los extraños á la familia penetrar en los secretos de la misma.

Nos parece claro que en tal materia no se discuten los bienes, sino solamente la protección de intereses personales, por lo que, hasta dentro del sistema francés en que predomina el concepto de la realidad en materia de sucesión inmobiliaria, se debe reconocer el carácter de estatuto personal en las disposiciones que regulan los derechos de los sucesores en sus rela-

ciones personales, y que determinan la facultad que les corresponde para transformar su derecho indiviso en derecho dividido.

Terminamos, pues, diciendo, que en el caso de sucesión italiana abierta en Francia, no encontraría aplicación la disposición sancionada en el art. 841, y que, por el contrario, en el supuesto de una sucesión francesa abierta en Italia, los coherederos podrían oportunamente invocar el artículo mencionado para excluir al cesionario que intentase intervenir en la división (1).

1.656. La división de una herencia puede hacerse por acuerdo de las partes (división convencional ó amistosa), ó judicialmente (división judicial).

Para decidir si, para proceder legalmente á la división, se debe seguir una ú otra forma, conviene referirse á la ley reguladora de la sucesión. Cuando ésta mande á los coherederos en determinados casos hacer la división judicialmente, conviene referirse á lo que la misma establece. Así, si se tratase de una sucesión francesa, convendrá observar cuanto se encuentra sancionado en los artículos 838 y 840 del Código civil. Si, por el contrario, la ley no prescribe expresamente la división judicial, pueden los coherederos mayores y los que legalmente representen á los incapaces, realizar la división mediante acuerdo amistoso. En este caso, la división tiene la naturaleza y el carácter de un contrato, y debe considerarse sometida, en principio, á las reglas que regulan las relaciones contractuales. Sería necesario, ante todo, que los coherederos interviniesen ó estuvieran legalmente representados.

Por consiguiente, se consideraría como acto jurídico inexistente, la división amistosa verificada sin el consentimiento de cada una de las partes interesadas, y en lo que respecta á la capacidad de las mismas, sería preciso atenerse á las reglas sancionadas por el estatuto personal.

A propósito de esto, observamos que aun en el caso de que, según la ley reguladora de la sucesión ó la del país donde se

---

(1) Confr. Antoine, ob. cit., § 122; Despagnet, ob. cit., § 363; Champcommunal, ob. cit., pág. 423: Rolin, t. II, § 758.

encuentren los bienes hereditarios que han de dividirse, se atribuyese á la división el carácter de acto declarativo de la propiedad (salvo lo que expondremos á continuación acerca de los efectos de la división con relación á los terceros), por lo que se refiere á la capacidad del coheredero para estipular válidamente la convención de división, necesitaría estarse á la ley personal en lo que ésta determine sobre la naturaleza del acto en sus relaciones con la capacidad. Por ejemplo, si en una división de sucesión sujeta al Derecho francés estuviese interesada una mujer casada con un italiano, teniendo en cuenta que según los principios tradicionales y la jurisprudencia en nuestro país, el contrato de división se considera como traslativo de la propiedad, y según la ley relativa á la capacidad de la mujer casada, el patrio legislador exige que ésta obtenga la autorización del marido ó del Juez para que sean válidos los actos de enajenación que verifique, la autorización debería ser indispensable para la validez de la división. La naturaleza del acto en sus relaciones con la capacidad, estando en estrecha relación con la misma, debe, pues, determinarse por el estatuto personal, y no sería procedente referirse á la ley extranjera.

1.657. En cuanto á la forma del acto de división, conviene distinguir, como hemos dicho siempre, lo que concierne á la solemnidad extrínseca del acto, á la cual, como á todo otro contrato, se debería aplicar la regla *locus regit actum*, y los requisitos formales que deben considerarse necesarios para que el consentimiento pueda producir sus efectos, y á los que no puede alcanzar la regla *locus regit actum*, sino que es necesario referirse, por el contrario, á la ley reguladora de la sucesión.

En efecto, no se puede admitir que los requisitos formales del consentimiento eficaz para efectuar la división, puedan depender de la *lex loci*. Por lo que si conforme á la ley reguladora de la sucesión, no sólo se concede á las partes la facultad de llevar á cabo la división amistosa, sino que se deja al arbitrio de las mismas la conclusión de este pacto con completa autonomía en cuanto á la forma, se debería admitir como válido y eficaz ya esté redactado por escrito, ya se termine verbalmente, bien se haga ante Notario ó bien por medio de escritura privada.

En cambio, si la escritura se declarase indispensable, no se podría tener por eficaz el consentimiento dado por los coherederos para llevar á cabo la división, á no ser que se expresase por documento escrito y firmado.

Queremos hacer notar, además, que siempre que en el país donde se encuentren los bienes hereditarios que son objeto de la división, la ley dispusiera que la partición de los inmuebles sea registrada para que tenga eficacia respecto á los terceros, convendría atenerse á cuanto esta ley dispone, á fin de que el contrato fuese válido contra los terceros. De aquí se sigue, que, si conforme á la citada ley no fuesen registrables más que los actos auténticos, sería necesario también hacer la división mediante la forma de acto auténtico, no para su validez entre los coherederos, para la cual, según dijimos, se debería aplicar la ley reguladora de la sucesión, sino únicamente para los efectos jurídicos de la división respecto á los terceros, para los cuales no se podría desconocer la autoridad de la *lex rei sitae*, que exige el previo registro.

1.658. La mayor dificultad en esta materia, surge cuando existen coherederos menores, y la ley reguladora de su condición civil y de su representación legal, contenga reglas distintas de las sancionadas por la ley que rige la sucesión ó por la vigente en el lugar donde se encuentre una parte de los inmuebles de la herencia. A nosotros nos parece que para todo lo que concierne á la legal representación de los menores, las medidas de protección exigidas para la tutela de sus derechos, y la observancia de los requisitos indispensables, según la ley, para asegurar la parte de los bienes hereditarios que les correspondan á consecuencia de la división, se debe reconocer la autoridad exclusiva del estatuto personal de los mismos, determinado en consideración á su ciudadanía ó á su domicilio, de acuerdo con las reglas establecidas en los diversos sistemas legislativos. La estipulación del contrato de división constituye, en esencia, el ejercicio de los derechos civiles por parte del menor incapaz, y nos parece claro que se debe reconocer la autoridad exclusiva de su ley personal para determinar cómo ha de estar representado y para fijar también los procedimientos indispensables que

ha de seguir el representante. Convendrá, pues, atenerse al estatuto personal para decidir si el tutor puede ó no estipular el contrato de división, si necesita la autorización del Consejo de familia, si se debe nombrar el protutor, si precisa la homologación del Tribunal, y así sucesivamente. La ley reguladora de la sucesión no puede, en realidad, desplegar su autoridad respecto á estas cuestiones. Debe extenderla para establecer la medida del derecho sucesorio correspondiente al menor; por lo que puede acontecer que en un país donde según la ley se atribuya carácter de estatuto real á toda disposición que se refiera á la sucesión inmobiliaria, el derecho sucesorio y su medida, dependan de la *lex rei sitae*. Pero una vez establecido el derecho hereditario conforme á la ley territorial, el acto por parte del menor extranjero para llevar á efecto la división, y que quiera estipular el contrato de partición, no es una cuestión de derecho sucesorio, sino de relaciones contractuales, para las cuales, por razón de su incapacidad, el menor quedará sometido á la ley personal que regula y protege su condición como incapaz.

Tampoco la ley del lugar donde se encuentren los bienes puede desplegar su autoridad. Desde luego, que si para efectuar la división se necesitase proceder á la venta de un inmueble existente en país extranjero, salvo siempre la autoridad del estatuto personal para la legalidad del acto, sería preciso, indudablemente, observar las disposiciones prescritas por la ley territorial para realizar legalmente la venta, pero no se estaría en el caso de aplicar la misma ley para determinar las formalidades legales requeridas para proteger los derechos del menor y asegurar el precio del inmueble vendido, salvo solamente cuando se hiciese de un modo provisional y como medida de conservación. Así el Tribunal territorial, por ejemplo, podría ordenar que la parte del precio correspondiente al menor extranjero ingresase provisionalmente en la caja de depósitos, hasta que se cumpliesen las condiciones requeridas por su ley personal para asegurar y vigilar sus derechos; pero no pretendería aplicar las disposiciones de la ley territorial, por el solo motivo de que el menor extranjero ejercite sus derechos propios sobre

el inmueble existente en el territorio del Estado del Juez. Por el contrario, debe prevalecer el principio general de que todos los procedimientos que protegen la condición del menor por razón de su incapacidad y que se fundan en su condición civil como tal, forman parte de su estatuto personal, y como no se refieren á la condición de los bienes, no pueden depender de la *lex rei sitae*.

1.659. Los efectos de la división deben regularse, naturalmente, por la ley á que se somete la sucesión y los derechos y las obligaciones de los coherederos en sus relaciones como tales. Será necesario atenerse, por lo tanto, á dicha ley, para establecer si la división efectuada tiene efecto declarativo ó traslativo, en consideración á los bienes que componen la cuota de cada uno de los herederos. Sin embargo, nosotros explicaremos á continuación las consecuencias que pueden surgir en las relaciones de los acreedores con los terceros (1), y la ley que debe regular los efectos de la adjudicación de la cuota á cada uno de los coherederos, en sus relaciones con los acreedores de la herencia.

Debe, pues, aplicarse indudablemente la ley de la sucesión para determinar la garantía recíproca de los coherederos, respecto á los objetos que componen la cuota correspondiente á cada uno de ellos. Dado que, conforme á dicha ley, los coherederos estén obligados los unos respecto á los otros á la garantía para la evicción, y en los conflictos de derecho ocasionados al pacífico disfrute de los bienes que componen la cuota, será necesario aplicar aquella para determinar dicha garantía y las circunstancias en que los coherederos deben considerarse asegurados. La *lex rei sitae* podrá aplicarse solamente para decidir si existe ó no el hecho jurídico, ó sea la evicción ó la molestia de derecho, y si la causa es anterior ó posterior á la división. Así, aun en el caso de que la obligación de la garantía se considere que ha cesado por el motivo de que la evicción pueda ser consecuencia de la culpa del coheredero que sufre el daño, ó que la inexigibilidad del crédito sea imputable al coheredero.

---

(1) Véase más adelante el § 1.681.

necesitará referirse á la *lex rei sitae* para probar la culpa, ó á la del lugar donde el crédito era exigible, para establecer la inexigibilidad por el acto del coheredero acreedor.

La acción de rescisión, en el caso de división amistosa, debe ser también regulada por la ley á que se subordina la sucesión y la medida de los derechos sucesorios correspondientes á cada uno de los coherederos. Decimos esto, porque como el Derecho sucesorio, en su entidad, debe establecerse conforme con la ley reguladora de la sucesión, se aplicará también la ley misma para decidir si á consecuencia de la lesión sobrevenida á la división, puede considerarse violada su autoridad en todo lo que debe regir y establecer la medida del derecho sucesorio.

Creemos conveniente advertir tan sólo, que también en esto la ley territorial debe desplegar su autoridad, puesto que está encargada de defender los derechos del tercero. Por consiguiente, cuando un inmueble hereditario se encontrara bajo el imperio de una ley que limitase la acción de rescisión por parte del coheredero que hubiera enajenado el inmueble que le correspondiese en la división, y que el coheredero que se creyese lesionado hubiera realizado la venta, y el tercero, por consiguiente, hubiese adquirido la propiedad del inmueble; en tales circunstancias, la disposición de la ley territorial que protege el derecho del tercero, debería desplegar su propia autoridad á pesar de que disponga otra cosa la ley reguladora de la sucesión. Esto se admitiría en virtud del principio tantas veces enunciado, esto es, que toda ley que vele por los derechos de los terceros á consecuencia de un acto jurídico que se inicie en el territorio sujeto á su imperio, tiene el carácter de estatuto real. Es necesario considerar siempre en principio que cuando está en litigio el derecho de un tercero lo está también el derecho social, y que las disposiciones que regulan las relaciones jurídicas en tales circunstancias tendrán el carácter de estatuto real. Por lo que debe admitirse que la disposición mencionada en el art. 1.043 del Código civil italiano, conforme con la del 892 del Código civil francés (1), debe modificar la aplicación de los principios

(1) El Código español establece una disposición más categórica,

expuestos en el caso de que el inmueble existiese en Italia ó en Francia, y de que el coheredero perjudicado en la división lo hubiese enajenado.

1.660. Una forma de división completamente especial es la que, en conformidad con ciertas leyes, se puede hacer por los padres y por otros ascendientes. Nuestro legislador dice así en el artículo 1.044: «El padre, la madre y los demás ascendientes pueden dividir y distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, comprendiendo en la división hasta la parte no disponible».

El legislador francés también se ocupa de lo mismo en el artículo 1.075, que se encuentra en el título *De las donaciones y de los testamentos* (1).

Se ha discutido acerca de si á la disposición que concede esta facultad á los padres y á los ascendientes, se le ha de atribuir el carácter del estatuto real ó del personal (2). Nosotros entendemos que no es preciso detenerse mucho en tal discusión, puesto que nos parece evidente que la ley misma á que ha de sujetarse la sucesión y el derecho de disponer por medio de acto *inter vivos* ó *mortis causa*, debe aplicarse para regular esta materia. Los motivos que han podido determinar al legislador para admitir tal institución, confiriendo á los padres y á los ascendientes la potestad excepcional de distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, han debido, en realidad, surgir de la justa aspiración de querer hacer una cosa provechosa para los hijos, previniendo las disensiones que entre ellos pudieran engendrarse al verificar la división de la herencia, que tal vez les obligaría á recurrir á los Tribunales de justicia, cuando

---

que dice: «El heredero que hubiese enajenado la totalidad ó una parte considerable de los inmuebles que le corresponden, no podrá proponer la acción rescisoria por lesión».

(1) Confr. Código español, art. 1.056; holandés, 1.167; mejicano, arts. 3.791-3.810.—El legislador español dispone también que el testador, mediante acto *inter vivos* ó *mortis causa*, pueda confiar á un tercero la facultad de hacer la división de sus bienes entre los herederos (art. 1.057).

(2) Confr. Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, § 81.

no pudiesen proceder á la división de una manera amistosa. Pero dejando aparte los motivos, es preciso reconocer que la división *inter liberos*, presenta un carácter completamente especial, porque toda otra forma de división sólo tiende á distribuir los bienes que se encuentran ya asignados á los herederos como copropietarios, en situación de indivisión, y que desde el momento en que se abrió la sucesión, constituían, respecto á ellos, una comunión; la hecha por los padres tiene el carácter excepcional de transmitir la propiedad de los bienes, dividiéndolos entre los llamados á recogerlos. El contenido, pues, del acto es, en sustancia, una transmisión de bienes designados é indicados por el disponente, mediante un acto *inter vivos* ó por testamento (1).

1.661. Considerando bien lo expuesto, entendemos que, para resolver las controversias acerca de la validez de la división de que hablamos, es necesario aplicar los principios antes dichos, relativos á la eficacia de los actos de última voluntad, tanto en lo que concierne á la capacidad del *de cujus*, como á lo referente á la validez intrínseca de la división misma. No es procedente referirse á los jurisconsultos antiguos é invocar su autoridad. Siguiendo el orden de ideas de los que atribuyen el carácter de estatuto real á toda disposición legal que atañe á los bienes inmuebles, y que someten á la *lex rei sitae* el ejercicio de todo derecho por parte de los propietarios de los mismos, es natural reconocer la autoridad de la ley territorial para decidir si el disponente tiene ó no la facultad de transmitir y dividir por sí mismo los bienes á sus herederos (2).

Hoy, para determinar la autoridad de la ley, es necesario tener en cuenta la naturaleza del hecho jurídico y el contenido de las relaciones jurídicas, y se debe, por consiguiente, admitir que, como la división *inter liberos*, atendiendo á su contenido, es en esencia una cesión de bienes á título gratuito, la ley que

(1) Véase cap. VII, § I, núms. 1.402-1.419.

(2) Confr. Burgundos, *Tractatus ad consuetudines Flandriae*, I, 49 y VI, 4; Froland, *Memoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. II, pág. 1.283-85; Boullenois, *Dissertation sur les démissions des biens*, cuestión VI, pág. 90.

la regula, debe ser la misma que rige la transmisión de los bienes mediante acto *inter vivos ó mortis causa*. Puesto que, de cualquir manera que la división se haga, será válida después de la muerte del disponente, es natural que todo se considere ligado á la sucesión misma y sometido á la ley que ha de regularla.

De lo expuesto se deriva que en el sistema de leyes que atribuye el carácter de estatuto real á toda disposición que concierne á la transmisión del patrimonio inmobiliario, como ocurre en Francia, donde hasta la capacidad de disponer se subordina á la ley francesa relativa á los inmuebles allí existentes, se admite naturalmente la autoridad de dicha ley, para decidir sobre la validez y eficacia de la división hecha por los padres entre sus descendientes. Esto no es más que una aplicación del principio general, según el cual toda disposición que concierne á la transmisión por sucesión de los inmuebles existentes en territorio francés, tiene el carácter de estatuto real.

En el sistema del Código civil italiano, es, por el contrario, natural que incluso la cuestión propuesta se resuelva ateniéndose á la ley nacional del *de cujus*, y que se decida conforme á ella, lo que se relacione con la capacidad de las personas á quienes se atribuya tal derecho excepcional, con la forma extrínseca del acto requerida como indispensable para su fuerza jurídica, con los requisitos intrínsecos para su eficacia, y también para determinar el derecho de impugnar el acto realizado por el ascendiente, correspondiente á los herederos entre quienes se han dividido los bienes.

1.662. Hablemos ahora de la división judicial, que se hará siempre que los coherederos mayores no estén de acuerdo para verificarla, ó bien cuando surjan entre ellos contiendas al repartir los bienes, las deudas y las cargas hereditarias.

La primera cuestión que puede nacer en tales circunstancias, es la referente á la competencia del Juez. Se debe admitir en principio que un solo Juez decida respecto á la herencia indivisa que se intente partir. Los jurisconsultos romanos aceptaron sin discusión que, para evitar las contradicciones de las sentencias, las contiendas relativas á la división de la herencia.

á la rescisión de la división y á sus efectos entre las partes interesadas, se decidieran por un Juez único (1). Pero tan justo concepto no se halla hoy acogido en las relaciones del Derecho internacional. En efecto, así como, conforme al sistema vigente en ciertos países, se admite siempre que haya tantas herencias cuantos sean los países en que se hallen situados los bienes, y que sobre todo respecto al patrimonio inmobiliario, debe abrirse una sucesión distinta y separada sometida á la *lex rei sitae*, así también se entiende que esta ley regulará, en principio, la sucesión, y que es necesario referirse á la misma, no sólo para proceder á la división de los inmuebles hereditarios existentes en el territorio del Estado, sino igualmente para determinar el Juez competente que ha de juzgar las cuestiones nacidas entre los coherederos al dividir entre ellos los mencionados bienes, y para repartir las deudas y las cargas hereditarias. De esta manera realmente se llega á fraccionar la herencia, la cual, teniendo en cuenta su entidad y su contenido, es una universalidad jurídica; y no son pocas las anormales consecuencias que trae consigo la admisión de tantos juicios cuantos son los Estados en que radican los inmuebles y la autoridad de la *lex rei sitae* para resolver las controversias relativas á la partición de los bienes y de las deudas hereditarias (2).

Dejando ahora aparte toda discusión en el campo de los principios racionales, notamos que, conforme al derecho positivo, cuando se esté en el caso de proceder á la división judicial, es necesario atenerse á la ley territorial para determinar la autoridad competente.

En Francia, el Tribunal competente en materia de sucesión, se determina según la regla sancionada por el art. 59 del Có-

(1) Pomponius, L. I, Dig. *De quib. reb. ad. eund. jud.* Este principio fué demostrado así por Voet: *Ad unum eundemque judicem pro ventilándo hoc divisorio judicio cohaeredes omnes venire oportere, ne continentia causae dividatur, neve si diversos adirent judices inexplicabiles inde orirentur difficultates uno quidem judice rem Titio adiudicante, altero vero eamdem Maevio assignante; vel sine adjudicationibus eam velut dividuam inter cohaeredes pro rata dividente*». (Voet, *Ad Pand.*, libro XII).

(2) Véase anteriormente, tomo V, I, § 109.

digo de procedimientos civiles, el cual se refiere en realidad á la sucesión que se abra en Francia, aun cuando el ***de cujus*** sea extranjero. En este caso no podría contradecirse la competencia del Tribunal francés respecto á las cuestiones relativas á la división y liquidación de la herencia mobiliaria é inmobiliaria en virtud de la autoridad territorial de las leyes que se refieren al pleito y á la competencia del Juez del Estado.

Algunos afirman que la máxima sancionada en el mencionado artículo, puede tener aplicación aun en el caso de sucesión abierta en el extranjero (1); pero, en verdad, teniendo en cuenta los principios aceptados por la jurisprudencia, la disposición del art. 59 se considera encargada de regir la competencia solamente para la sucesión abierta en Francia, y no nos parece exacto atribuirle el alcance de una regla de competencia en las relaciones con el Derecho internacional privado. Es verdad que la Audiencia de París, en su sentencia de 17 de Noviembre de 1834 (2), sostuvo la competencia de los Tribunales franceses para las sucesiones abiertas en país extranjero; pero hay que advertir que se fundó en el art. 14 del Código civil, para las acciones personales, y en el art. 3.°, para las acciones sobre los inmuebles existentes en territorio francés (3).

La competencia de los Tribunales franceses para decidir las cuestiones en materia de división respecto á las sucesiones abiertas en país extranjero, fué también admitida por la circunstancia de que los inmuebles radicaban en Francia; pero esto sucede en el caso de la división de una herencia entre coherederos extranjeros y franceses, y la competencia fué fundada en el art. 2.° de la Ley de 14 de Julio de 1819, que autoriza su predominio en provecho del coheredero francés. La Corte de Casación decía, en efecto, en su sentencia de 29 de Diciembre de 1856 (4), que la competencia de los Tribunales franceses

---

(1) Confr. Despagnet, *Droit int. privé*, 3.ª edición, § 273; Dub... nota á mi comunicación en el *Journal de Dr. int. privé*, 1875, página 142.

(2) *Journal du Pal.*, tomo XXVI, pág. 1.018.

(3) Confr. también París, 11 Diciembre 1847 (Dalloz, 1848, II, ...) y Cassation, 10 Noviembre 1847 (Dalloz, 1848, I, 38).

(4) Pleito Gómez (*Journal du Pal.*, 1857, pág. 976).

para decidir las controversias derivadas de la división de los bienes muebles existentes en Francia, aun cuando se tratase de sucesión abierta en el extranjero, debía admitirse al efecto de realizar el predominio autorizado por la citada ley de 1819.

Lo que se admite como regla segura, según la jurisprudencia francesa, es que, así como el poder jurisdiccional y el legislativo emanan de la misma soberanía, y el art. 3.° somete á la ley francesa los inmuebles existentes en Francia, aun cuando los posean extranjeros, debe tenerse en virtud de tal artículo como establecida también la jurisdicción de los Tribunales franceses en lo que se refiere á toda controversia relativa á los inmuebles, y, por consiguiente, á las que se relacionan con la división de los inmuebles hereditarios (1). Esta es la lógica consecuencia del principio anormal *tot sunt haereditates quot territoria.*

En Bélgica, la competencia en materia de sucesión se regula por la Ley de 25 de Marzo de 1876, y en virtud de la regla sancionada por el art. 48 se admite también que para las acciones de petición de herencia, para las de división y para toda otra contienda entre los coherederos, hasta la división, son competentes los Tribunales belgas, si dichas acciones se refieren á los inmuebles existentes en Bélgica, aun cuando se trate de sucesión abierta en país extranjero.

En Italia, la competencia se encuentra determinada en el artículo 94 del Código de procedimientos civiles, el cual se refiere á la sucesión abierta en dicho país, y también á la de un italiano abierta en el extranjero. Sin embargo, algunos han entendido que el último apartado del mencionado artículo puede encontrar su aplicación hasta en el caso de la sucesión de un extranjero abierta fuera de Italia, atribuyendo así á la disposición el alcance de una regla de competencia, según el Derecho internacional, y por consiguiente, han sostenido que cuando la mayor parte de los bienes inmuebles hereditarios ó

(1) Confr. Cour de París, 31 Diciembre 1889 (*Revue de Droit int.*, 1890, pág. 290). Véase también Colmar, 12 Agosto 1817; Cass. 14 de Marzo 1837 (*Sirey*, 1837, I, pág. 195).

de los muebles que han de dividirse, se encontrasen en el territorio italiano, aunque la sucesión se haya abierto en el extranjero, puede ser eficazmente entablada la acción ante los Tribunales del reino. Nosotros, no obstante, hemos combatido siempre esta interpretación, sosteniendo que el último apartado del mencionado artículo, es aplicable solamente al caso de contiendas relativas á la división de la sucesión de un italiano muerto en el extranjero y no ya á las de la sucesión de un extranjero que se haya abierto fuera del reino (1). Ahora, sin embargo, no es el momento de discutir esta cuestión, de la que se tratará en su lugar, cuando hablemos del derecho judicial y de la competencia.

1.663. Aquí debemos limitarnos á establecer, en principio, que cuando llegue el caso de proceder á la división judicial, conviene atenerse á la ley territorial para determinar la autoridad competente que ha de conocer de los recursos de los coherederos; y que debe admitirse, por consiguiente, también, que pueda fraccionarse el juicio de división en virtud de cuanto establezca el legislador territorial, no obstante que conforme á la máxima por él sancionada se llegue á contradecir el principio racional de la unidad del juicio y del Juez único en la materia de la petición de la herencia y de la acción de los coherederos para su división.

Conviene también admitir que la misma ley competente para poder proceder á la división, debe aplicarse para determinar los procedimientos necesarios á su realización.

La ley belga, por ejemplo, del 12 de Junio de 1816, ha establecido que cuando en la sucesión estén interesados menores ó incapaces, la división debe hacerse por medio de un Notario ante el Juez de paz del común donde la sucesión se abra. Es natural que se necesite atenerse á esta ley, y observar también los procedimientos que la misma establece, para la venta de los

(1) Véase Fiore, *Sulla competenza dei Tribunali italiani di giudicare e decidere controversie relative alla successione di uno straniero apertasi all'estero.* Napoli, 1894. Y también la *Nota* á la sentencia de la Casación de Turín de 30 Enero 1874, en el *Journ. de Droit int. priv.*, 1875, pág. 139-42.

inmuebles, así como también guardar las demás formalidades que prescribe.

1.664. Las operaciones necesarias para llegar á la división son diversas. La valoración de los inmuebles y de los muebles que han de dividirse, su venta cuando sea preciso enajenarlos, la formación de la masa divisible, la formación de las cuotas y la adjudicación de cada una de ellas á los varios coherederos. Para cumplir las expresadas operaciones, conviene no sólo observar las reglas de procedimiento, sino atenerse también á las leyes que regulen los derechos respectivos de los sucesores y de los interesados. Para las primeras es menester referirse, en principio, á la ley del lugar donde se sigue el juicio de partición. Sin embargo, si una parte de los inmuebles ó de los muebles que se han de dividir, se encontrasen en país extranjero, y se necesitase proceder á su justiprecio ó á su venta, convendría atenerse á la *lex rei sitae* en tal operación. Será indispensable, por consiguiente, aplicar la ley local y observar las formalidades que prescriba para justipreciar los inmuebles ó los muebles, y atenerse á la máxima *locus regit actum* cuando llegue el caso de realizar la venta pública de los mismos. La observancia de las reglas de procedimiento para realizar legalmente un negocio jurídico, interesa siempre al orden público, y por consiguiente, no se puede negar el imperio de la ley territorial.

1.665. Para formar la masa divisible, es menester reunir los bienes existentes, el precio obtenido de la venta de los inmuebles ó de los muebles, y también los objetos sujetos á colación.

Con este motivo pueden surgir diversas dificultades, ya acerca de la ley de que debe depender la colación, ya de la que ha de determinar la obligación de aportar, teniendo en cuenta la voluntad del donante ó del disponente; ya respecto del modo de realizar la colación de lo que el sucesor haya recibido del difunto por donación ó de lo que le haya dejado por testamento, cuando aquel que esté llamado á la sucesión pueda considerarse obligado á aportarlo.

1.666. Las disposiciones legislativas en materia de cola-

ción, no están ciertamente contestes. Según las leyes de algunos países, no se admite, en efecto, la institución de la colación. En los Códigos modernos la encontramos aceptada por aquellos que han seguido los principios consagrados en el Derecho romano, que admitió la colación para regular de un modo equitativo la condición de los hijos emancipados, cuando se les concedió la facultad de suceder á los padres en compañía con los hijos que se encontraban aun bajo la potestad del mismo en el momento de su fallecimiento. Con el fin de impedir que los emancipados que adquirían para sí, pudieran enriquecerse injustamente aprovechándose de las adquisiciones hechas por los hermanos no emancipados, y que se confundían con el patrimonio paterno, se admitió en el derecho pretorio, que los primeros llevasen á la masa hereditaria los bienes que ellos personalmente hubiesen adquirido (1). Más tarde, desaparecida la distinción entre los hijos emancipados y los no emancipados en lo que se refiere al derecho de adquirir, los unos y los otros estuvieron obligados á la colación, y con la intención de mantener la igualdad, de acuerdo con los principios más equitativos, se impuso, incluso á los hijos que aun se hallaban bajo la patria potestad, la obligación de llevar á la sucesión paterna todo lo que habían recibido del padre á título de dote ó de donación *propter nuptias* (2). Posteriormente, la colación, impuesta solamente en la sucesión *abintestato*, se declaró obligatoria por Justiniano, también en la sucesión testamentaria, respecto á los descendientes del *de cujus*, admitiendo, sin embargo, que el difunto dispensara al beneficiado de la obligación de colacionar (3).

En el derecho consuetudinario, la institución sufrió diversas vicisitudes, y las costumbres presentaron notables diferencias que no creemos necesario exponer (4).

---

(1) L. 1.ª Dig. *De collationibus*. L. 1.ª 7, 9 Código.

(2) L. 17, *De collat.* L. 20, p. 1.º

(3) L. 12, Código, *comm. utriusque jud.*, lib. III, tít. XXXVIII. Novela XVIII, cap. VI.

(4) Existían tres clases principales de costumbres. La primera, esto es, la de la igualdad perfecta, prescrita como regla absoluta

En los Códigos modernos, se encuentra más generalmente aceptada la colación, pero con distintos criterios y con variadas reglas.

Según el Código francés, están sujetos á colación, no sólo las donaciones, sino también los legados, y el artículo 843, antes de que fuese modificado por la Ley de 24 de Marzo de 1898, prohibía al legatario que concurría á la sucesión *abintestato*, reclamar el legado que le hubiese hecho el *de cujus;* por lo que las cosas legadas se consideraban contenidas en la herencia en que se hallaban en el momento de la muerte del causante, y se entendía por colación, la reunión en la masa hereditaria de las donaciones realizadas mediante actos *inter vivos*, y la retención en la misma de los legados con que el difunto había agraciado á uno ó á varios de sus herederos *abintestato*. La ley de 1898 suprimió la prohibición de reclamar el legado; pero, sin embargo, el legatario está obligado á la colación, salvo el caso de que de ella le hubiese dispensado expresamente el *de cujus*. Por consiguiente, el donatario ó legatario, no pueden conservar la donación ó el legado, cuando expresamente no se le haya dis-

---

Según tal costumbre, la colación se declaró obligatoria hasta respecto á los herederos que renunciaban la herencia (Pothier, *Des succ.*, cap. IV, § 2). La segunda clase, que era la más numerosa, comprendía las costumbres de simple igualdad, las cuales negaban al disponente la facultad de dispensar de la colación al donatario, pero admitían, sin embargo, que éste podía sustraerse de la obligación de colacionar renunciando á la herencia. A esta clase pertenecían las costumbres de París y de Orleans (Pothier, ob. cit., artículo 11, § 1.º; *Cout. de Paris et d'Orleans*, art. 303-304). En la tercera clase se comprendían las costumbres que admitieron la dispensa de la colación y que reconocían, por consiguiente, que el testador podía hacer una liberalidad á uno con preferencia á los otros. Estas se llamaban costumbres de *precaución*. (Confrónt. Coquille, *Sull' articolo 7, capo XXVII*, de las costumbres de Nivernais, I, página 269; Merlín, *Rép.* v. *Rapport*). La legislación revolucionaria consagró el sistema de la igualdad perfecta, que encontramos aun mantenida en el Código de los Grisones, el cual en el art. 488 sanciona la obligación de la colación para los herederos legítimos sin reserva de dispensa.

pensado de la colación, más que renunciando á la sucesión *abintestato* del disponente (1).

El Código civil italiano también admite la colación, pero establece una diferencia entre la donación y el legado; respecto á la primera, la colación es obligatoria cuando el donante no ha dispuesto otra cosa; por el contrario, respecto al legado el beneficiado no queda obligado á la colación más que en el caso de que el disponente lo haya ordenado así expresamente. Existe tan sólo una excepción establecida en el art. 1.026, que regula el legado que exceda de la parte disponible.

También hay otra diferencia notable entre el Código italiano y el francés respecto á las personas sujetas á la colación. El legislador francés sanciona, en efecto, en el art. 843, la obligación de la colación respecto á cualquier heredero. «*Todo heredero... debe llevar á sus coherederos*». El legislador italiano, por el contrario, limita la obligación de la colación solamente al hijo ó descendiente que concurra á la sucesión con sus hermanos, hermanas ó sus descendientes (2).

Respecto al modo de colacionar, no están conformes las disposiciones legislativas al establecer los casos en que el obligado necesita aportar la cosa en especie ó aquellos en que basta con que lleve su valor. Tampoco están de acuerdo en determinar cuáles son las liberalidades sujetas á colación. Según el Código francés, por ejemplo, estando sometidas á colación toda especie de donaciones *inter vivos*, sin excepción, incluso las que se verificaron por contrato de matrimonio, dispone el legislador en el artículo 849, que si las donaciones y los legados se hacen conjuntamente á dos esposos, de los cuales uno solo haya de suceder, éste aportará la mitad; si se hacen al esposo sucesor, éste está obligado á colacionar por entero. El legislador italiano, en cambio, como no admite la colación más que respecto al descendiente, dispone en el art. 1.006, que si las donaciones se hacen conjuntamente á dos esposos, de los cuales sólo uno es descen-

(1) Confr. art. 843 de la Ley de 24 de Marzo de 1898 y 845 del Código civil.

(2) Art. 1.001.

diente del donante, únicamente la porción donada á éste está sujeta á colación.

1.667. Consideramos inútil hablar de otras muchas más diferencias que existen. Las que hemos puesto de manifiesto, son suficientes para que se vea claramente cómo siendo distintas las disposiciones legislativas en materia de colación, pueden nacer dificultades al determinar la ley que se ha de aplicar, dado el caso de que el Tribunal competente, llamado á formar la masa hereditaria, haya de decidir si los que concurren á la sucesión deben ó no colacionar las donaciones y las liberalidades que les hizo el difunto.

¿Qué ley debe desplegar su autoridad respecto á esto?

Laurent, hablando de tal asunto (1), propone la cuestión de este modo. Si á la ley á que se somete la colación debe atribuirse la autoridad del estatuto real ó del personal, considerando que en definitiva todo debe depender de la voluntad del difunto, entiende que la materia se encuentra en el campo de la autonomía, y que, por consiguiente, todo se reduce á interpretar la voluntad del *de cujus*. Si el disponente—dice—con su liberalidad tuvo la intención de mejorar á su heredero con la propiedad de los bienes, no se debe obligar á éste á la colación; si quiso mejorarle solamente en el goce, se le considerará obligado á colacionar; todo, pues, estriba en determinar la intención.

Por lo que se deduce, como consecuencia, en lo que se refiere á la naturaleza de la ley, que la reglamentación de la colación no puede subordinarse al estatuto real, supuesto que todo lo que depende de la voluntad del hombre, debe considerarse extraño á la doctrina de los estatutos, que, según la teoría tradicional, son reales cuando tienen por objeto los inmuebles, y personales cuando se refieren al estado y á la capacidad de las personas. La colación—observa el jurisconsulto citado—no concierne al estado de las personas, ni tampoco tiene por objeto la transmisión de los bienes. Es la voluntad del hombre que, según la afección ó el

(1) *Droit civil int.*, t. VII, § 30.

odio, rige esta materia, y la voluntad no puede subordinarse á la situación de los bienes (1).

Cuando luego el ilustre autor francés se propone determinar la ley á que ha de someterse la interpretación de la voluntad del disponente, pretende, al parecer, que todo dependa de la ley del lugar en que se abra la sucesión. Presenta, en efecto, la cuestión de si un legatario francés debe colacionar lo que se le haya legado en la sucesión abierta en Italia, y sostiene que la cuestión se decidirá en conformidad con cuanto dispone el Código italiano. Del mismo modo sostiene que un hermano del difunto francés que se presente á una sucesión abierta en Italia, debe estar dispensado de la colación, interpretando la voluntad del donante en favor del hermano (2).

Verdaderamente no hemos llegado á comprender en toda su extensión la teoría del ilustre jurisconsulto acerca de este punto particular, ni nos parece que para resolverla á fondo, se pueda discutir en términos tan generales.

1.668. Proponiéndonos determinar la ley que debe regir la colación, consideramos indispensable distinguir los diversos puntos de la controversia, en relación con la ley que ha de desplegar su autoridad para regularlos.

La colación, considerada en sí misma, guarda estrechos vínculos con la medida del derecho sucesorio, supuesto que, como ésta, teniendo en cuenta su contenido, debe determinarse en relación con la masa hereditaria que ha de ser dividida entre los coherederos, y la masa hereditaria, se forma mediante la reunión de cuantos bienes constituyen el patrimonio del *de cujus*, agrupando todos los elementos del mismo; por lo que resulta claro que el hecho de llevar ó no al acervo común las cosas donadas por el difunto á los sucesores, ó las legadas á alguno ó algunos de los coherederos, fija la medida del derecho de cada uno de ellos en relación con la masa hereditaria. Como ya hemos dicho, el derecho de cada uno de los coherederos, tiene por objeto el patrimonio como universalidad y entidad indivisa, por

(1) Laurent, *Droit civil int.*, § 32.
(2) La misma obra, § 35, pág. 61.

lo que, prescindiendo ó no de que uno ú otro de los coherederos pueda tener un aumento sobre los demás, determina la medida del derecho de cada uno en sus relaciones con los bienes hereditarios que han de dividirse. Bien estudiada la cuestión, consideramos que la colación, en general, debe depender de la ley reguladora de la sucesión, del mismo modo que, como se ha dicho, por ella se rige la medida del derecho sucesorio.

La ley del país en donde se haya hecho la donación, ó la del lugar en que el disponente, mediante testamento, haya beneficiado á cualquiera de los llamados á la sucesión con preferencia á los demás, ó la del lugar donde se encuentran los bienes, no debe desplegar el imperio de su autoridad respecto al punto de que se trata, de igual modo que no debe extenderla para determinar la adjudicación de la herencia y la medida del derecho que corresponde á los herederos.

Establecemos, por consiguiente, en principio, que la colación, considerada en sí misma, debe entenderse sometida al imperio de la ley reguladora de la sucesión. En el caso de que ésta la declare obligatoria, designando las personas obligadas á aportar y las que tienen derecho á exigirla, no se puede por menos de entender dichas disposiciones como reglas del derecho sucesorio, y por lo tanto, como condiciones impuestas á los coherederos que intenten ejercitar sus derechos en calidad de sucesores. Lo mismo decimos de las disposiciones que se refieren á las liberalidades sujetas á colación. Todo esto, en su conjunto, forma parte del contenido del derecho sucesorio, y dependerá naturalmente de la ley que regule la sucesión y de la medida del derecho de cada uno de los coherederos.

En tal estado las cosas, nos encontramos frente á dos sistemas: el que atribuye carácter de estatuto real á toda disposición referente á la sucesión respecto al patrimonio inmobiliario, y el que considera la herencia como una universalidad, reconociendo la autoridad de la ley nacional, ó la del domicilio del *de cujus*. Dado el principio anormal, debe entenderse, por lógica consecuencia, que la misma ley que regula la sucesión, regirá también la cuestión que concierne á la colación en general, y bajo los conceptos antes indicados. De lo dicho se deduce

que, en el sistema francés, teniendo en cuenta el anormal principio de que respecto á los inmuebles hereditarios existentes en Francia, en virtud del modo de entender la disposición sancionada en el artículo 3.°, la declaración de los mismos se considera distinta y separada, y sometida como tal en todo á la ley francesa, es necesario admitir que á la colación, en los casos indicados anteriormente, deben aplicársele, por lo tanto, las disposiciones sancionadas por el Código francés. Estas constituyen, en realidad, otras tantas condiciones para el ejercicio del derecho sucesorio, y no se puede por menos que reputar aplicable la ley francesa, á la cual se atribuye la autoridad de estatuto real para todo aquello que se refiere á la sucesión inmobiliaria. Es, pues, natural que, como según el Código de Napoleón, «*todo heredero debe devolver*», así la colación se considere obligatoria para todo heredero pariente legítimo del *de cujus* que reclame la parte de herencia que le pertenezca en la sucesión *abintestato*. Ya sea el sucesor pariente en línea recta ó colateral, ya sea distinta su ley personal, en el caso de que quiera concurrir con otros herederos á la sucesión *abintestato*, no puede adquirir por tal título, más que sometiéndose á la colación que se le impone, conforme á los artículos 843 y 857. Podrá, sin duda, renunciar la herencia y eximirse así de la colación, á que está obligado por la ley; pero cuando prefiriese aceptarla y concurrir con los otros herederos, no podrá por menos de subordinarse á la ley reguladora de la sucesión.

En el mismo caso se encontraría el legatario beneficiado por el *de cujus*; podrá conservar el legado si no excede de la cuota disponible, renunciando á la herencia, pero no puede eximirse de atenerse á la disposición del art. 843, modificado por la Ley de 24 de Marzo de 1898, dado que aspire á la sucesión de la herencia inmobiliaria constituída por los bienes raíces existentes en el territorio francés. Todo esto es la lógica consecuencia, no ya del concepto de que la ley de la colación tiene el carácter de estatuto real, sino más bien de aquel que establece que la ley reguladora de la sucesión tiene tal valor en el sistema que prevalece en Francia.

En virtud de los mismos principios, debe admitirse también

que como en el sistema francés la sucesión mobiliaria se considera sometida á la ley del domicilio del difunto, ó á su ley nacional, es necesario atenerse á la misma para decidir las controversias relativas á la colación. Pudiera, pues, acontecer que en el caso de la sucesión de un italiano abierta en Francia, el pariente legítimo, que no sea descendiente del *de cujus*, haya de considerarse como no sujeto á la colación respecto á la sucesión mobiliaria, en virtud de la disposición sancionada en el artículo 1.001 del Código civil italiano, aun cuando esté obligado á la colación respecto á la sucesión inmobiliaria con arreglo á los artículos 3.° y 843 del Código civil francés.

Por el contrario, en el sistema que somete la sucesión á la ley personal, sin distinguir la naturaleza de los bienes que constituyen la herencia, es natural que la colación se regule en conformidad con la ley personal del *de cujus*. Por consiguiente, en la sucesión francesa abierta en Italia, todo heredero está obligado á colacionar, aun cuando no sea descendiente del *de cujus*. En efecto, merced á cuanto establece el legislador italiano en el art. 8.° de las *disposiciones generales*, que exige la aplicación de la ley nacional del *de cujus*, en dicha sucesión francesa, en lo que se refiere á la colación, regirá la disposición del art. 843 del Código de Napoleón. También deberá aplicarse esta ley para determinar las personas que tienen derecho á la colación y para establecer cuáles sean las liberalidades hechas por el difunto sujetas á colación.

Aun en la hipótesis de que en la sucesión francesa concurran franceses é italianos, debe siempre, en lo que se relaciona con la colación, aplicarse la ley de los primeros y no la de los segundos, por la razón de que, así como el título de heredero respecto á la referida sucesión se deriva de la ley francesa, las condiciones de los que ostenten dicho título para tomar parte de la herencia, deben determinarse en conformidad con la ley llamada á regular la sucesión y la medida del derecho sucesorio, y no por la del lugar donde se abra, ó la personal de los que están llamados á concurrir como herederos.

1.669. La dificultad más grave en esta materia, puede nacer con motivo de la voluntad del donante ó del disponente,

al cual la ley atribuya la facultad de eximir al beneficiado de la obligación de colacionar.

Respecto á esto, es necesario advertir que la colación, aunque se establezca en principio por la ley reguladora de la sucesión, no obliga de un modo absoluto é imperativo, como sucede con la reducción. Esta es una verdadera y propia garantía del derecho hereditario, atribuído por la ley á los herederos legítimos. Tal derecho, que pertenece á los descendientes, á los ascendientes, á los hijos naturales y al cónyuge sobreviviente, no puede considerarse fundado en la presunta voluntad del *de cujus*, sino que más bien se deriva de la ley misma, la cual, teniendo en cuenta las relaciones que existen entre ciertas personas y el difunto, atribuye á éstas una determinada parte de su patrimonio que constituye la legítima, y respecto á ésta anula en absoluto la libertad del testador (1).

El legislador, pues, concede á los herederos legítimos el derecho de pedir la reducción de las disposiciones testamentarias y de cualquiera otra naturaleza, hechas en favor de toda persona, no obstante la voluntad contraria del difunto testador ó donante (2). En materia de reducción, pues, la ley ejerce autoridad absoluta é imperativa, limitando completamente la autonomía del propietario.

En la colación, por el contrario, la cosa es distinta. En los sistemas legislativos en que se encuentra establecida, debe considerarse puesta por el legislador con la intención de mantener la igualdad de condición entre los que están llamados á suceder. Sin embargo, como dentro de los límites de la parte disponible, la completa igualdad no es obligatoria, debiéndose admitir que el *de cujus* puede haber tenido la intención de conceder cualquiera ventaja en favor de uno ó de otro de los herederos, y tal facultad pertenece al campo de la autonomía siempre que no lesione los derechos de los herederos legítimos, los legisladores han

(1) Confr. art. 805 y sig. Código civil italiano; 913, francés; 806 y siguiente, español; 1.784-85, holandés.

(2) Artículos 821 y 1.091, del Código civil italiano; 920, francés; 654 y 820, español.

respetado en este particular la voluntad del disponente. Y cuando se ha tratado de establecer la regla para determinar su intención, algunos han estimado como natural la presunción de que el disponente, al ejecutar su acto de liberalidad, no tuvo propósito de alterar la igualdad de condición, y de que no se puede presumir que haya querido eximir de la obligación de la colación al beneficiado, á no ser en el caso de que así lo dispusiera expresamente; otros legisladores, por el contrario, entienden que no se puede presumir que el disponente, al realizar un acto de liberalidad, no haya querido con él beneficiar al agraciado, y que, por consiguiente, no debe estar éste obligado á la colación más que en el caso de que el disponente así lo determine de un modo explícito.

De este modo, en las legislaciones que admiten la institución de la colación, no imponiéndola como una obligación absoluta (como ocurre según el derecho consuetudinario, en el sistema de la igualdad perfecta), sino haciéndola depender de la voluntad del disponente, se encuentra una diferencia sustancial al fijar la regla acerca de la interpretación de ésta. Algunos entienden se debe presumir que la intención del donante ó disponente es la de procurar que exista igualdad entre sus herederos, á no ser que haya dispensado expresamente al beneficiado de la obligación de colacionar; y otros, por el contrario, creen que no se puede suponer que la intención del disponente es la de procurar la igualdad entre sus herederos, sino cuando se haya ordenado expresamente la colación, imponiendo al beneficiado la obligación de aportar. La diferencia á que nos referimos, se encuentra, por ejemplo, entre el Código francés, el austriaco, y el italiano respecto á la colación en la sucesión testamentaria. El legislador francés, dispone que el legatario está obligado á la colación, salvo cuando haya sido dispensado expresamente (1). Así, faltando la dispensa, el legado no representaría un beneficio, sino que quedaría sin efecto como acto de liberalidad. El legislador italiano ha sido, por el contrario, más lógico, al considerar que lo que se ha dejado mediante testa-

(1) Artículo 843.

mento (siempre que se trate de la parte disponible), no está sujeto á colación, porque, según la naturaleza de las cosas, la voluntad presunta del testador, debe haber sido la de beneficiar á los llamados por él para recoger el legado que les ha hecho bajo testamento, y por lo tanto, si no ha ordenado expresamente la colación, no se puede considerar obligado á ella al beneficiado. También el Código austriaco, en el artículo 790, establece que, cuando los hijos suceden por acto de última voluntad, la colación tiene lugar solamente en el caso de que el testador la haya prescrito de un modo expreso.

Teniendo en cuenta la señalada diferencia en las disposiciones legislativas que se ocupan de interpretar la voluntad del donante ó del testador, de cuya intención depende la obligación ó la dispensa de colacionar, surge inevitablemente la duda acerca de la ley según la cual debe determinarse la intención, que en esencia, es la causa eficiente de la colación. ¿Se deberá también aplicar la ley reguladora de la sucesión, como hemos dicho anteriormente?

Adviértase que la controversia, bajo tal punto de vista, presenta un carácter muy diverso, puesto que no se trata de resolver si se debe admitir ó no la colación. Creemos necesario repetir lo que hemos expuesto; cuando la ley reguladora de la sucesión estableciese la igualdad rigurosa entre los herederos, y ordenara que al llegar el caso de formar la masa hereditaria, cualquier beneficio hecho por el difunto se aportase á la herencia, excluyendo así completamente la autonomía del disponente, en cuanto á turbar ó modificar la ley de la igualdad, en tal caso, no podría surgir dificultad alguna. En efecto, tendría necesariamente que someterse á la ley reguladora de la sucesión, en virtud de que la colación impuesta de un modo absoluto por el legislador, excluyendo cualquiera voluntad contraria del *de cujus*, vendría á ser una verdadera condición para el ejercicio del derecho sucesorio, y la ley asumiría el carácter de ley de orden público en cuanto tendiera á mantener la igualdad absoluta de los herederos.

La posición de las cosas en tal hipótesis sería la misma que la que ostenta la legítima, fijada y vigilada de un modo absolu-

to por la ley, que atribuye el derecho hereditario á los herederos legítimos, y lo protege con la acción de reducción.

Por el contrario, cuando el legislador admite en principio la colación, pero respeta la voluntad del donante ó disponente en lo que se refiere á obligar al beneficiado á colacionar ó á dispensarlo de esta obligación, la igualdad no puede ser considerada como de orden público. En efecto, depende de la voluntad del disponente, y, por lo tanto, la causa eficiente de que se confiriera la liberalidad, sería la declaración de voluntad del *de cujus*. Ahora bien, dado que el legislador, para determinar é interpretar la voluntad del autor de la liberalidad sancione una determinada regla, según la cual deba, al realizar el acto, declarar expresamente que intenta dispensar de la colación al beneficiado, ó bien le imponga la obligación de aportar también de un modo expreso, nos parece natural, que todo dependa de la voluntad declarada; y cuando sea otra la regla sancionada por la ley personal, ó por la del lugar donde se abra la sucesión, ó la del país donde se encuentren los bienes hereditarios, toda dificultad se reduce á decidir si, para interpretar la intención, debe aplicarse una ú otra ley.

1.670. Nos parece que en tales circunstancias nos encontramos en un campo enteramente distinto. No se trata ya de las condiciones para el ejercicio del derecho sucesorio, sino más bien de la interpretación de la voluntad del difunto. Creemos, pues, que debe aplicarse la regla de que para determinar el contenido del acto volitivo, es necesario referirse á la ley bajo cuyo imperio la declaración de voluntad se hizo, porque de igual modo que la más natural presunción es que á dicha ley se haya referido el autor del acto, así es igualmente natural que ésta despliegue su voluntad para determinar lo que aquél quiso.

Admitimos, pues, que en este particular ha de reconocerse la autoridad del estatuto personal, á causa de que todo lo que concierne á la voluntad del hombre, debe someterse á la ley que personalmente le corresponde, y no á la del lugar donde se encuentren los bienes objeto de la declaración de voluntad de su propietario, ni á la del lugar donde fuese abierta la sucesión; porque supuesto que ésta respeta la autonomía y admite en defini-

tiva que todo debe depender de la voluntad del difunto, viene así á reconocer que se reduce todo á interpretar la intención y á averiguar lo que el difunto quiso en el momento en que hizo la liberalidad. Considerando, pues, que la voluntad del hombre es la que domina en esta materia, cuando se trata de decidir si el autor de la liberalidad ha querido imponer ó excluir al beneficiado la obligación de colacionar, es necesario también reconocer que nos encontramos fuera del campo en que debe imperar como soberana la ley reguladora de la sucesión, y que, por el contrario, nos hallamos dentro del territorio en que despliega su propia autoridad la ley que debe regir la voluntad del hombre y determinar el contenido del acto volitivo.

1.671. Queriendo discutir acerca de la aplicación de los principios expuestos, supongamos, por ejemplo, que se trata de la sucesión de un austriaco abierta en Francia, ó bien que la sucesión se abra en otra parte, pero que se encuentren en Francia algunos de los inmuebles hereditarios del susodicho individuo; y tendremos que merced al sistema seguido en esta nación, debe aplicarse la ley francesa respecto al patrimonio inmobiliario allí existente; que el Tribunal francés es competente para proceder á su división; y que para realizarla debe aplicar la ley francesa. Sin embargo, admitamos que exista un testamento en el cual el austriaco haya instituído herederos á sus propios hijos en partes desiguales, sin tocar la legítima, y que no se pueda tampoco sostener la lesión de la legítima que les pertenece según el Código francés, que sería aplicado para determinar la parte disponible de los inmuebles existentes en territorio francés. Tendremos, por lo tanto, que toda la cuestión consiste en decidir si el legado, á favor de uno de los hijos, del inmueble existente en dicho territorio, está ó no sujeto á colación. La duda en tales circunstancias nacería porque, según el Código francés, el heredero está obligado á colacionar, salvo el caso de que el disponente le haya expresamente dispensado; y según el Código austriaco, por el contrario (art. 790), en la sucesión testamentaria, la colación no es obligatoria más que en el caso de que el testador lo haya prescrito así expresamente. En esencia, tanto el Código francés como el austriaco, admiten que se debe tomar

por norma solamente la voluntad declarada por el testador. La diversidad entre los dos Códigos existe respecto á la regla para interpretar la voluntad. Uno dice que la colación se debe efectuar cuando el disponente no haya dispensado de ella expresamente al beneficiado, y el otro sostiene que sólo debe verificarse cuando lo haya ordenado así aquél.

Ahora bien, siguiendo nuestro orden de ideas, y considerando que no existe conflicto entre las dos leyes en cuanto á tomar por norma la sola voluntad declarada del testador, y que el conflicto sólo se encuentra respecto á la regla para interpretar dicha voluntad declarada, recordando todas las razones que anteriormente expusimos, sostenemos que es necesario atenerse á las disposiciones del Código austriaco, y que faltando la orden expresa, el beneficiado no está obligado á colacionar.

Decimos esto, porque no estamos en el caso de controversia sobre transmisión de los bienes, al cual, aceptando sin discusión la interpretación dada al artículo 3.° del Código civil francés, puede considerarse aplicable la ley vigente en Francia, respecto á los inmuebles allí existentes. Se trata más bien de interpretar la voluntad del hombre, de atenerse á lo que él quiso, y no se puede por menos de reconocer que, si un austriaco (suponiendo que no tenga en Francia domicilio legal) ha hecho un legado á su propio hijo bajo el imperio de su ley personal, sin ordenarle expresamente la colación, debe prevalecer la presunción más natural de que aquél no intentó que la liberalidad se aportase, pues de otro modo lo hubiera prescrito expresamente, ateniéndose á las disposiciones de su ley personal. Inútilmente se invocaría la aplicación de la regla sancionada por el artículo 843 del Código civil francés y el principio de que todo lo relativo á la sucesión tiene el carácter del estatuto real según el derecho francés, toda vez que, conforme á la misma ley francesa, respecto á la colación del legado, se debe tomar como norma, la voluntad declarada por el disponente, y según los principios generales, el contenido del acto volitivo se determinará con arreglo á la ley bajo cuyo imperio la declaración del mismo se hizo. El austriaco que no tenía en Francia ni siquiera domicilio legal, no podía, ciertamente, re-

ferirse á la ley francesa cuando expresó y manifestó su propia voluntad.

Los mismos principios se tendrían en cuenta si se tratase de la sucesión de un italiano, y concurrieran las mismas circunstancias dichas en el caso de la sucesión de un austriaco.

1.672. En Italia se presentó en esta materia una cuestión verdaderamente delicada.

El señor Zogheb, ciudadano otomano, donó á su hijo Antonio una pequeña cantidad bajo el imperio de la ley vigente en Turquía. Adquirió luego ciudadanía italiana, abrióse su sucesión en 1896, y debiendo regularla en conformidad con la ley italiana, se discutía si el hijo beneficiado que heredaba á su difunto padre, estaba obligado ó no á colacionar cuanto aquél le dió antes de adquirir la ciudadanía italiana. Se trataba, pues, de decidir si para determinar la obligación de aportar la colación, se debía aplicar la ley italiana ó la otomana.

Es necesario añadir, para explicar mejor la cuestión, que, según la ley otomana, el padre de familia que haya hecho una donación válida y perfecta, puede siempre revocarla. Según el Código italiano, la donación no puede revocarse, pero se admite su reducción cuando perjudique la legítima (art. 1.091). En lo que respecta á la colación, el legislador establece en el artículo 1.001, que la donación está sujeta á ella á no ser que el donante haya dispuesto lo contrario. Faltando la declaración expresa por parte del padre, de querer eximir al hijo de la obligación de la colación, el Tribunal de casación de Roma, en su sentencia de 4 de Enero de 1902 (1), decidió que el hijo estaba obligado á aportar, en virtud de cuanto se establece en el artículo 1.001, y que el ser el donante ciudadano musulmán en el momento en que hizo la donación, no podía influir en nada, porque habiéndose hecho más tarde ciudadano italiano, y muriendo bajo tal condición, la ley italiana había asumido respecto á él el carácter de ley nueva, y conforme á la regla sancionada en el art. 28 de la Ley de 1865, que estableció las reglas de

(1) Véase el texto de la sentencia en el *Foro ital.*, parte 1.ª, página 558, 1902, y la nota de Fiore que la acompaña.

derecho transitorio cuando se publicó el Código civil italiano, incluso las donaciones hechas bajo el imperio de las leyes preexistentes, deben considerarse sometidas al Código vigente, en lo que se refiere á la colación (1).

Entendemos que el fallo del mencionado Tribunal no está en armonía con los principios del Derecho, y creemos que llegó á las conclusiones consagradas en su sentencia, por no haber distinguido detenidamente la cuestión referente á la colación, bajo los dos puntos de vista antes indicados, esto es, en cuanto se la considera como condición para el ejercicio del derecho sucesorio, y bajo el aspecto de la voluntad declarada por el autor de la donación. No nos parece que dicho Tribunal pudiese considerar la cuestión que nacía á consecuencia de la concurrencia de las dos leyes (la de la patria de elección y la del Estado de que el *de cujus* fué ciudadano), semejante á la que nacería en el caso de que concurriesen dos leyes diversas emanadas del soberano del Estado, y que, por consiguiente, no podía referirse para dirimir el conflicto (2) á las disposiciones de derecho transitorio, sancionadas por la ley italiana de 1865.

Teniendo presente lo que dijimos antes, y considerando que el legislador italiano (respecto á la parte disponible) no limita la autonomía en cuanto á mantener ó no la igualdad perfecta entre los coherederos, sino que todo lo hace depender de la voluntad declarada por el disponente, y considerando, por lo tanto, que se trataba de saber lo que Zogheb quiso en el momento en que hizo la donación, y de interpretar la voluntad por él declarada, ¿se podría, acaso, sin hacer una verdadera violencia á los principios del Derecho y desconocer la voluntad del donante, sostener, para interpretar lo que éste quiso cuando hizo la do·

(1) El artículo 28 de las *Disposiciones transitorias*, sancionadas por la Ley de 30 de Noviembre de 1865, dice así: «Las donaciones hechas á los descendientes, antes de estar en vigor el nuevo Código, están sujetas á colación, según las reglas en éste establecidas». «Las personas indicadas en el art. 22 del presente Decreto deben también aportar todo lo que han recibido, con ocasión de su renuncia».

(2) Véase la *Nota* crítica de Fiore á la precitada sentencia en el *Foro italiano* citado.

nación en Turquía, siendo ciudadano otomano, que se pudiese aplicar la ley italiana, á la cual se sometió más adelante, al adquirir la nacionalidad de Italia? El Tribunal estimó que todo podía considerarse como condición para el ejercicio del derecho sucesorio, y creyó que se debía aplicar la ley reguladora de la sucesión, sin advertir que en el sistema del Código civil italiano, como también en el del Código francés, la igualdad perfecta, no siendo estimada indispensable, ni impuesta de un modo absoluto, no ha de tenerse como condición imprescindible para los llamados á la sucesión. Todo depende de la voluntad, y las reglas sancionadas por el legislador italiano, como las que establece el legislador francés para decidir cuándo debe admitirse ó no la obligación de la colación, tienden á precisar la voluntad del donante ó del disponente, de la que debe depender la obligación de la colación; y como uno y otro legislador han querido sancionar la voluntad, y las reglas establecidas por ambos se dirigen á determinar la intención, no pueden encontrar aplicación más que en los casos de liberalidad hechos bajo el imperio de una ú otra de las dos leyes indicadas. ¿Cómo sostener que el ciudadano otomano que ejecutaba un acto de liberalidad en Turquía, queriendo manifestar su voluntad acerca de la naturaleza de la donación, esto es, si su intención era otorgar un beneficio en favor de su propio hijo, ó solamente el disfrute de los bienes donados sujetándole á la colación, cómo sostener, repetimos, que intentase expresar su deseo refiriéndose á la ley italiana, cuando ni aun se podía presumir que le fuese conocida? Según los principios generales del Derecho, siempre que se trate de interpretar la voluntad, es necesario referirse á la ley bajo cuyo imperio el acto volitivo se realiza.

1.673. Por lo que se refiere á la aplicación de las normas sancionadas por la ley transitoria, en materia de colación, observamos que no se puede reputar exacto que el Tribunal quisiera referirse á las disposiciones de derecho transitorio sancionadas por la ley de 1865, para dirimir el conflicto nacido á consecuencia del cambio de ciudadanía, que daba ocasión á la concurrencia de la ley italiana con la otomana, y que considerara así la contienda entre la ley de la nueva patria y la de la de origen, se-

mejante al conflicto nacido por el cambio de legislación en el interior de un Estado.

Ciertamente, no debe negarse que la adquisición de la ciudadanía cambia con respecto al naturalizado su estatuto personal, y que tal condición de cosas, engendra un hecho en cierto modo análogo al que nace en virtud del cambio de legislación dentro de un Estado, por lo que se pueden entender, en general, aplicables los pricipios del Derecho transitorio. Conviene, sin embargo, advertir que un caso no se puede equiparar, en todo y por todo al otro. El soberano de un Estado puede en virtud de su autonomía legislativa, no sólo modificar las leyes en vigor, sino regular también la autoridad de las nuevas y de las antiguas por él promulgadas. En general es sostenible que la ley no debe tener efectos retroactivos, pero esta consideración no impedirá al soberano (respecto al cual los particulares no pueden alegar derechos adquiridos), decretar, en virtud de su poder de soberanía, una cierta rectroactividad más ó menos limitada, ni promulgar las reglas acerca de la autoridad de las leyes nuevas en oposición con las antiguas, á pesar de que tales reglas causen perjuicios en los derechos de los particulares. Creemos, pues, que es erróneo atribuir á la ley transitoria de un Estado el carácter de ley internacional, en el sentido de quererla aplicar para dirimir los conflictos que surjan de la concurrencia de leyes emanadas de soberanos de Estados diversos, siempre que lleguen á encontrarse á consecuencia de la pérdida y de la adquisición de la ciudadanía.

¿Puede por ventura admitirse que el soberano de uno ó de otro Estado atribuya fuerza retroactiva á las leyes que promulgue respecto á los actos, relaciones ó negocios jurídicos realizados por el naturalizado bajo el imperio de la ley de su antigua patria, con anterioridad á la ciudadanía adquirida? Para establecer reglas uniformes acerca de la autoridad de las leyes, en el caso del cambio de ciudadanía, sería necesario que los Estados se pusieran de acuerdo fijando las reglas del Derecho transitorio en las relaciones internacionales. Cierto que, si lo hicieran, la autoridad de las leyes de la antigua patria, en concurrencia con las de la patria de elección, se hallaría así bien ó

mal determinada. Mientras esto no suceda, es necesario admitir que, según los principios generales del Derecho transitorio, los actos jurídicos ejecutados por el naturalizado en tiempos anteriores á la ciudadanía adquirida, constituyen efectivamente el pasado, respecto del cual no puede ejercer autoridad retroactiva la ley de la nueva patria, á la cual se ha sometido posteriormente la persona, mediante la referida ciudadanía adquirida.

1.674. El Tribunal de casación llegó á afirmar en la sentencia citada, que, como la ley transitoria italiana de 1865 tuvo por objeto regular el paso de las leyes precedentes que imperaban en los varios Estados de Italia, que eran políticamente diversos y separados entre sí, se podía muy bien encontrar en ella la regla para dirimir los conflictos entre las leyes de Estados diferentes. Tal argumentación carece de todo fundamento jurídico, supuesto que, aun teniendo en cuenta que en el momento en que las leyes fueron promulgadas por soberanos que constituyeron después el reino de Italia, los Estados italianos eran políticamente distintos y separados unos de otros, no obstante, no debe olvidarse que en la constitución del reino de Italia, el soberano nacional vino á ser un heredero á título universal, y reunió bajo su poder autónomo, con ese carácter, la potestad perteneciente á cada uno de los soberanos de los Estados en que se hallaba dividida Italia, y adquirió así el derecho de hacer todo lo que cada uno de los soberanos de los Estados entonces reunidos, tenían derecho á ejecutar. Pretender igualar tal situación de cosas á la que se presenta en la sociedad internacional en el caso de concurrencia de leyes emanadas de soberanos de Estados en la actualidad políticamente diversos y autónomos, es, á nuestro modo de ver, completamente absurdo.

Resumiendo, decimos que el conflicto de leyes nacido á consecuencia de una mudanza de ciudadanía, presenta, en realidad, cierta semejanza con el que tiene lugar á consecuencia del cambio de legislación; pero que para determinar la autoridad de la ley de la antigua patria y la de la patria de elección, debe atenderse á la regla general sancionada por los jurisconsultos romanos: «*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*», que ha sido acogido

por los modernos Códigos, en los cuales se encuentra establecida la máxima de que *las leyes no tienen efecto retroactivo.* Tal regla, en las relaciones internacionales, no puede considerarse modificada en virtud de la ley transitoria promulgada por el soberano de un Estado para determinar la autoridad de las leyes que de él emanan, supuesto que las transitorias tienen siempre el carácter de leyes interiores, y sería arbitrario atribuirles el de reguladoras del derecho transitorio internacional.

Por consiguiente, aplicando los principios expuestos al caso que se discute, y queriendo determinar la ley que ha de desplegar su autoridad para decidir si se debe ó no admitir la obligación de la colación, diremos que, cuando conforme á la ley del país en que el *de cujus* adquirió la naturalización, se admitiese, en términos generales, la colación respecto á los que hayan de concurrir á su herencia, sería indispensable aplicar esta ley por los motivos expuestos anteriormente, esto es, porque la regla sancionada por el legislador de la patria de elección que establece la colación, debe considerarse como condición para el ejercicio del derecho sucesorio. Sin embargo, si conforme á la ley de la patria de elección, la colación se admitiese en principio, pero la obligación de aportar se estimase consecuencia de la voluntad del donante, y toda la controversia consistiere en determinar é interpretar su intención, no sería justo aplicar también, incluso respecto á esto, la regla sancionada por el legislador de la patria de elección. Decimos que no sería justo porque á ella no podía realmente referirse el donante antes de llegar á ser ciudadano del Estado. Por el contrario, se necesitaría atenerse á la ley bajo cuyo imperio la donación se hizo, en razón de que el contenido de un acto volitivo debe determinarse de conformidad con la ley bajo cuyo imperio la declaración de voluntad se haya realizado.

1.675. Consideramos oportuno advertir que hasta en materia de colación, las disposiciones sancionadas por la *lex rei sitae*, á fin de proteger los derechos de los terceros y los intereses sociales, deben extender su autoridad también en el sistema que, reconociendo la ley nacional del *de cujus* para regir su sucesión, admita la aplicación de tal ley para regular la colación. Así, por ejemplo, debería decirse, de las reglas sancionadas por

el legislador italiano en los artículos 1.016 y 1.023. Tales disposiciones tienen por objeto proteger los derechos de los terceros, ó poner á salvo los intereses generales. El legislador ha querido, en efecto, en el artículo 1.016, garantizar los derechos reales adquiridos antes de la división, y ha dispuesto que cuando el donatario obligado á la colación de un inmueble lo haya enajenado ó hipotecado, no tiene precisión de colacionar en especie, sino solamente en su equivalente. Tal disposición, que atiende á garantizar el derecho del acreedor hipotecario y el del adquirente, debe aplicarse también respecto á la sucesión extranjera, aun cuando fuesen distintos los preceptos de esta ley. En el art. 1.023, el legislador protege las mejoras útiles para el incremento de la agricultura y para beneficio de la propiedad, y concede el derecho de retención, regulando el hecho jurídico de la posesión. Semejante disposición, que está en relación con los intereses generales y con el derecho social, debe también, á nuestro modo de ver, considerarse aplicable á la sucesión extranjera, y lo mismo deberá decirse de toda otra disposición inspirada en idénticos motivos, que justifican siempre la autoridad imperativa de la ley territorial (1).

1.676. Pasemos ahora á hablar del pago de las deudas y de las cargas de la herencia, bajo el punto de vista de la ley que debe regularlo.

Unas y otras constituyen, en general, el pasivo de la herencia, y debe, en principio, considerarse á cargo de aquellos á quienes ésta, como universalidad jurídica, se adjudica. Es necesario, no obstante, advertir que el hecho jurídico puede ser considerado:

a) En sus relaciones con las personas que están obligadas, como herederas, á satisfacer las cargas y deudas de la herencia.

b) En sus relaciones con las personas á quienes compete el derecho de reclamar el pago.

Conviene, pues, para determinar la ley que debe desplegar

---

(1) Confr. Laurent, t. VII cit., § 36; Antoine, *De la succession*, § 8?.

su autoridad respecto á esto, examinar la cuestión en lo que toca á las dos relaciones que acabamos de indicar.

Los coherederos están obligados al pago de las cargas y de las deudas como representantes de la persona á quien suceden. Ellos no son, en efecto, deudores en virtud de una obligación suya y personal, sino por consecuencia de su relación especial con el *de cujus*, del cual asumen la representación. Todo depende, por consiguiente, de su condición como herederos, que engendra la continuación de la persona del difunto por parte de los que vienen á ser sus sucesores. Es natural, pues, que la ley misma, de la cual se deriva la condición de herederos y la representación personal del *de cujus*, desenvuelva, en principio, su autoridad para determinar el pago de las deudas en relación á los que como herederos están obligados á satisfacerlas.

La misma ley debe ser también aplicada para determinar cómo y dentro de qué límites cada coheredero ha de reputarse obligado para con los acreedores de la herencia al pago de las deudas y de las cargas que sobre ella gravitan, y cómo cada uno, en sus relaciones con los demás sucesores, ha de considerarse obligado á contribuir al pago. Todo esto se refiere al derecho hereditario, y no puede ser regido por otra ley más que por aquella de la cual se deriva, y que ha de desplegar su autoridad para determinar y establecer el contenido del mismo.

Conviene tener en cuenta que, como todo se basa en la representación, es necesario atender á ésta, conforme á la indicada ley, para determinar de qué modo y dentro de qué límites cada coheredero debe considerarse obligado para con los acreedores, al pago de las deudas y de las cargas hereditarias. Por consiguiente, si con arreglo á la dicha ley la aceptación de la herencia no sólo engendra la representación, sino que hace del heredero y del *de cujus* una persona sola, de tal suerte que llega á producir la confusión de los derechos y de las obligaciones personales, es forzoso admitir, que ni la naturaleza ni el lugar en que estén situados los bienes adquiridos por la sucesión, cualquiera que sean, no podrían ejercer influencia alguna, supuesto que, aun cuando el heredero no percibiese lo bastante para satisfacer el pasivo, ó no recibiese nada, no por esto ven-

dría á menos la representación, y de igual modo no disminuiría su obligación como heredero á pagar las deudas del difunto, pues tal obligación subsistiría independientemente de los bienes y de su situación.

También es necesario admitir que, dado que conforme á la indicada ley, la representación se entendiera dividida entre los coherederos en el sentido de que cada uno de ellos asumiera la representación del *de cujus* en proporción á la parte hereditaria á que estuviese llamado por la ley ó por el testamento para suceder, cada uno de los coherederos se consideraría obligado á satisfacer el pasivo en proporción á su parte de herencia.

Por el contrario, si según la ley reguladora de la sucesión, la adquisición de la herencia no produce la confusión de las personas y de los patrimonios, y la representación se admite, pero solamente limitándola á los bienes efectivamente adquiridos con la sucesión, es natural que no se pueda sostener que el heredero está obligado á pagar las deudas, sino sólo hasta donde alcancen los bienes adquiridos con la sucesión. En efecto, como no asume con el carácter de sucesor la representación personal del *de cujus*, más que limitándose á los bienes que le son transmitidos, así también debe entenderse dentro de tales límites su obligación personal, en lo que se refiere al pago de las deudas y de las cargas de la herencia.

1.677. La aplicación de los principios expuestos no encuentra gran dificultad en el sistema de la legislación italiana, que considera la sucesión como una universalidad jurídica y la somete á la ley personal del *de cujus*, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren situados. En tal sistema, toda controversia relativa á la obligación de contribuir á las deudas, entre los coherederos, debe resolverse ateniéndose á la ley del Estado de que era ciudadano el difunto. El Juez italiano, si está investido de poder para resolver la cuestión de las deudas hereditarias en relación con la obligación de contribuir á su pago los herederos, debe atenerse á la ley nacional del *de cujus*, sin preocuparse de la circunstancia de que los bienes hereditarios se encuentren situados en país extranjero, en donde, en virtud de la ley allí en vigor, se regule de

modo distinto tal obligación. En efecto, el Juez está llamado á decidir acerca de la obligación personal, y deberá referirse á la máxima sancionada por el art. 8.° de las disposiciones generales, que encuentra en tal caso su justa aplicación, puesto que tal obligación es independiente de la naturaleza de los bienes y de su situación, y debe regirse por la ley personal, de la que dependerá la relación también personal del heredero con el *de cujus*, esto es, de la ley del Estado de que el difunto era ciudadano.

Se deberá, pues, en conformidad con la ley citada, decidir si en virtud de la relación derivada de la sucesión, entre el difunto y el heredero, éste se considerará como sucesor de la persona ó de los bienes y si está ó no obligado *ultra vires*.

Si se tratase, por consiguiente, de la sucesión de un francés, y aun en la hipótesis de que ésta no se hubiese abierto en el reino, si el legatario pudiera ser citado ante el Tribunal italiano para el pago de las deudas hereditarias, el Juez italiano debería atenerse al Código francés para decidir si éste le reputa ó no como un legatario universal. Si conforme á dicha ley, puede como tal, entenderse obligado á pagar las deudas, y hasta *ultra vires*, siempre que haya adquirido la parte que le pertenezca en concurrencia con los herederos no legítimos, el Juez italiano podrá condenarlo al pago, con bienes de su pertenencia en Italia, ateniéndose al Código francés para determinar la extensión de su obligación como sucesor.

Así también, si se tratase de decidir acerca de la obligación y de la manera de contribuir los coherederos á las cargas de la herencia, en el caso de la sucesión de un francés abierta en Italia, sería preciso aplicar la ley francesa y no se podría sostener duda alguna respecto á ello.

1.678. Las dificultades nacen en el sistema que atribuye el carácter de estatuto real á la ley, en materia de sucesión inmobiliaria. Teniendo en cuenta los principios expuestos, ¿se deberá, tal vez, para determinar la obligación que tienen de contribuir á las deudas los coherederos llamados á la herencia de los inmuebles, aplicar la *lex rei sitae*, que es considerada en dicho sistema como reguladora de la sucesión?

El Tribunal de casación francés, dice, en principio, que todo

se debe considerar como estatuto real en materia de sucesión. En virtud de tal aserto, aceptado como un axioma por la jurisprudencia, ¿se admitirá que, incluso para reglamentar el pago de las deudas, se aplique la ley territorial en lo que se refiere á los inmuebles existentes en Francia?

En general puede observarse, que la obligación de pagar las deudas, es una obligación personal, y que aun cuando ha de realizarse con bienes pertenecientes al deudor, no obstante, no debe dividirse en consideración á los lugares en que se encuentren los bienes con que debe ser satisfecha. A pesar de esto, es preciso observar que la obligación de pagar las deudas, considerada respecto al difunto, es una obligación personal independiente del lugar en que se hallen los bienes que le pertenecían y con los cuales deben satisfacerse; por el contrario, respecto á los sucesores del *de cujus*, la obligación se transforma en el sentido de que pasa á los que le representan. Ahora bien, si respecto á los sucesores, todo se entiende basado en el concepto de la representación, es natural que, dado el anormal sistema de que los bienes inmuebles del difunto constituyen un patrimonio distinto y separado, y que debe aplicarse la *lex rei sitae* para determinar quién puede asumir respecto á aquél la condición de heredero, y como los que en tal calidad son llamados á recoger la herencia, se hacen ó no representantes del *de cujus*, es natural, repetimos, que el pago de las deudas se regule por la *lex rex sitae*. Esto debe admitirse, no ya porque la obligación personal dependa del lugar donde se encuentran los bienes, sino más bien porque se entiende que el derecho hereditario y las relaciones de los sucesores, bajo el aspecto de la representación, están sometidos, en cuanto á la sucesión inmobiliaria, á la *lex rei sitae*.

Es indispensable, pues, advertir que, así como el patrimonio mobiliario del *de cujus* se considera distinto y separado, y respecto al mismo se admite la autoridad de la ley personal para regular la sucesión y la representación, así es forzoso que dicha ley se aplique para reglamentar el pago de las deudas y de las cargas de la herencia, en lo que se refiere á la obligación de contribuir los coherederos obligados á satisfacerlas.

Es consecuencia de todo esto que, en el sistema á que nos referimos, la ley que trata del pago de las deudas y cargas hereditarias, viene á asumir el carácter de estatuto real respecto á los inmuebles, supuesto que depende de la *lex rei sitae*, y de estatuto personal en lo referente á los muebles. Tal deducción es verdaderamente anormal y viene á confirmar la anomalía del sistema, pero dada ésta, es su consecuencia lógica. Todos comprenderán lo anómalo que es que, en gracia al inexacto concepto de que las leyes que regulan la sucesión inmobiliaria son reales y como tales autónomas y soberanas en sus relaciones con los inmuebles existentes en el territorio del Estado, los llamados á recoger los inmuebles hereditarios puedan encontrarse en tales condiciones que se les libre de pagar las deudas ó se les haga contribuir en ciertas proporciones, y aquellos que deban hacerse cargo de los muebles tengan, por el contrario, que estar obligados á abonar las deudas y atenciones hereditarias, ó se les obligue á contribuir según reglas distintas, no obstante que las obligaciones del *de cujus* se concretaban al patrimonio que le pertenecía y el estar éste constituído por todos los bienes que eran de su propiedad. Por lo mismo, repetimos que la anomalía y el absurdo, están en el principio en que el sistema descansa; pero dado lo anormal del sistema, no se puede por menos de admitir la consecuencia.

1.679. ¿Pero qué se podría decir en la hipótesis de que se tratase de la sucesión de un italiano, si con ocasión de hallarse en Francia una parte de su patrimonio inmobiliario, hubiera sido aplicada la ley francesa para regular la obligación del pago de las deudas hereditarias respecto á los coherederos?

El Juez italiano que estuviese llamado á ordenar el pago de las deudas y de las cargas hereditarias, ¿debería respetar todo lo que hubiese establecido el Tribunal francés?

Hemos demostrado anteriormente que el legislador italiano no ha podido, mediante la máxima sancionada en el art. 8.° de las *disposiciones generales*, anular la regla *tot haereditates quot territoria*, que se encuentra aceptada en algunos países extranjeros; y que, por consiguiente, el Juez italiano no puede desconocer la aplicación de dicha regla hecha en el extranjero res-

pecto á la sucesión de un italiano, ni invalidar ó menoscabar los derechos hereditarios adquiridos por los coherederos sobre los inmuebles allí radicantes, ni tampoco justificar la compensación sobre los bienes existentes en el Reino (1). En la hipótesis de que á la sucesión de un italiano se aplique la ley francesa, no sólo para determinar con arreglo á ella los derechos hereditarios de los llamados á recoger los inmuebles existentes en Francia, sino de igual modo para regular la cuestión del pago de las deudas y cargas hereditarias, ¿deberá respetar esto el Juez italiano investido del poder de determinar la obligación y la manera de contribuir á las deudas y cargas cada uno de los coherederos?

Nosotros entendemos que no. En efecto, la condición de las cosas sería completamente distinta. El derecho hereditario, como derecho real adquirido en virtud de la *lex rei sitae* sobre los inmuebles que forman su objeto, no puede desconocerse en virtud de la regla sancionada por el legislador italiano en el artículo 8.°, según hemos dicho. La controversia, sin embargo, concerniente á la obligación de contribuir á las deudas, se refiere á las obligaciones personales del *de cujus* y á la representación de la persona del difunto, y no guarda ninguna relación con los derechos reales adquiridos merced á la *lex rei sitae*. Ahora bien, aceptando el legislador italiano el más justo concepto de que lo que atañe á las relaciones personales del difunto con sus sucesores, debe depender de su ley personal; que bajo tal aspecto, todos los bienes del *de cujus*, cualquiera que sea su naturaleza y el lugar en que se hallen situados, constituyen en su conjunto un solo patrimonio; considerando que la representación de la persona es independiente de la naturaleza y situación de los bienes, debe, por consiguiente, admitirse que la obligación de contribuir á las deudas los coherederos, dependerá de la ley italiana, y que el Juez del Estado habrá de atenerse á esta ley, sin preocuparse de lo que haya establecido el magistrado francés. No se trataría, ciertamente, de desconocer derechos reales adquiridos en virtud de la *lex*

(1) Véase §§ 1.318 y 1.320.

rei sitae, sino más bien de regular cuestiones de naturaleza exclusivamente personal, y el Juez del Estado no podría por menos que atenerse á la máxima sancionada por el patrio legislador. En este caso, si los coherederos hubiesen sido condenados en Francia á pagar más, ó á contribuir de modo distinto al que establece la ley italiana, podrían hacer valer la compensación por el motivo de que la obligación de pagar las deudas y las cargas hereditarias en el sistema italiano, debe considerarse sometido al estatuto personal, y la herencia de un italiano, bajo tal aspecto, se entiende subordinada, en su universalidad, á su ley nacional, y ni aun teniendo en cuenta el artículo 12, la autoridad de la misma podría ser menoscabada, supuesto que la cuestión se referiría á las relaciones personales del *de cujus* y de sus herederos.

1.680. Examinemos ahora la cuestión bajo el segundo punto de vista, ó sea en lo concerniente á los derechos de los acreedores.

El derecho de los acreedores de la herencia, se concreta á las acciones que pueden ejercitar contra los herederos, para obtener el pago de sus créditos, y no se considera sometido enteramente á la misma ley que rige los derechos de los sucesores y sus obligaciones como tales. Los acreedores, respecto á la herencia, tienen, en efecto, el carácter de terceros, y como sus derechos y acciones no dependen de la sucesión, tampoco pueden someterse enteramente á la ley que la regula. Comenzamos por observar que los acreedores en tanto pueden dirigir su acción contra los herederos y los sucesores del difunto, en cuanto éstos, como tales, están obligados personalmente al pago de las deudas de aquél, y que aquellos pueden reclamar mediante demanda ó por el procedimiento ejecutivo. Suponiendo que la reclamación se lleve á efecto por medio de demanda, es natural que la primera condición para la admisión de la acción, sea que la cualidad de heredero pueda considerarse establecida. Ahora bien, cuando se trate de establecer tal cualidad respecto al acreedor, no se puede admitir que se atribuya autoridad exclusiva á la ley reguladora de la sucesión.

Hagamos la hipótesis de que el acreedor presente la de-

manda contra los hijos del difunto, que deben legalmente presumirse herederos del padre, y que uno de ellos, fundándose en la ley reguladora de la sucesión, según la cual no se prescribe término alguno para aceptar ó renunciar la herencia, citado en juicio declare su renuncia, á fin de excluir así su cualidad de heredero y rechazar la acción. Supongamos que, según la ley del país donde se encuentren los bienes hereditarios, esté, por el contrario, establecido que los herederos legítimos posesionados de pleno derecho de la herencia, sólo puedan renunciarla dentro de cierto término, pasado el cual, se considere prescrito el derecho de renunciar, y deba presumirse aceptada tácitamente la herencia. En tal hipótesis no se podría, ciertamente, negar que la renuncia debe tenerse por eficaz para todas sus consecuencias en las relaciones del renunciante con los demás coherederos, supuesto que no puede negarse, respecto á los mismos, la autoridad de la ley de la sucesión; pero el acreedor podría sin duda, fundarse, y con razón, en la ley del lugar donde se encuentren los bienes hereditarios y donde él instó la acción, y sostener que la cualidad de heredero establecida conforme á esta ley, no podía ser renunciada.

Hemos sostenido repetidamente la aplicación de la máxima según la que, toda ley que regula los hechos jurídicos debe tener autoridad territorial para las consecuencias que puedan derivarse respecto á los terceros, en razón á que siempre que se discuten los intereses de un tercero, está en litigio el interés colectivo y el Derecho social. El derecho adquirido por un tercero bajo el imperio de la ley territorial que considera como heredero del padre al hijo que, posesionado de la herencia paterna, haya dejado transcurrir el término para renunciar á ella, no puede ser negado, fundándose en una ley extranjera.

1.681. El concepto y los efectos de la división, ó sea si ha de considerarse como traslativa ó declarativa de la propiedad, se determinan con arreglo á la ley que rige la sucesión, siempre que se esté en el caso de discutir sobre ello en las relaciones entre los coherederos llamados á recoger la herencia. Es natural, pues, que en el sistema italiano tenga aplicación la ley nacional del *de cujus*, designada por el patrio legislador e

el artículo 8.º de las *Disposiciones generales*, como la que debe regular la sucesión considerada como universalidad jurídica, de cualquiera naturaleza que sean los bienes y en cualquiera parte que se encuentren; y que en el sistema francés se aplique la ley territorial respecto á los inmuebles existentes en Francia, en gracia al principio tradicional que atribuye el carácter de estatuto real á la ley de la sucesión en lo relativo al patrimonio inmobiliario del difunto.

Conviene advertir que dado el concepto distinto de la división, se derivan también consecuencias diversas respecto á los terceros. En efecto, suponiendo que la ley de la sucesión consagre el principio del Derecho romano, á tenor del cual los coherederos adquieren el derecho indiviso de propiedad respecto á toda la herencia, en el momento de la apertura de la sucesión, y la división es traslativa, resultaría que cada uno de estos coherederos podría disponer de su parte indivisa, y, por consiguiente, que si uno de ellos, como propietario indiviso, hubiese hipotecado los inmuebles hereditarios por la cuota que le perteneciera, la hipoteca subsistiría después de la división, aun en el caso de que el inmueble hipotecado no correspondiera al lote que le hubiese tocado en suerte. La enajenación del inmueble hipotecado por aquel que puede ostentar la condición de propietario, no destruye, en efecto, la hipoteca. No puede negarse, pues, al acreedor hipotecario el derecho de ejercitar la acción hipotecaria contra el coheredero á quien se haya adjudicado el inmueble hipotecado, salvo el derecho de éste de proceder contra el coheredero obligado.

De este modo, pues, se entendía esta obligación según el Derecho romano, y así se entiende en los países sujetos al derecho escrito. Los herederos en común que realizan la división, son considerados causahabientes los unos de los otros, por lo que cada uno de ellos recibe los bienes comprendidos en su lote, afectos á las hipotecas y á las demás cargas reales establecidas por alguno de los coherederos durante la indivisión; *jus pignoris creditori manebit* (1).

(1) Confr. L. 6.ª pár. 8.º Dig. *Comm. divid.*; L. 7.ª, párrafo 4.º, Digesto *Quibus mod. pignor.*; L. 1.ª Cód., *Comm. utr. judic.*

Por el contrario, las leyes de los países que acogen la máxima de que la división es declarativa, establecen la regla que se encuentra sancionada en el artículo 883 del Código francés, al cual corresponde perfectamente el artículo 1.034 del Código civil italiano, que dice: «Cada uno de los coherederos está considerado como el solo é inmediato sucesor de todos los bienes que componen su cuòta, ó de los que le pertenecen por venta entre los coherederos, y se supone que jamás tuvo la propiedad de los demás bienes hereditarios». De esta máxima se desprende que, como la división es declarativa, y según dice Pothier, determinativa y demostrativa del derecho de cada uno de los coherederos *ex tunc*, esto es, desde el día de la apertura de la sucesión, si hubiese consentido la hipoteca durante la indivisión y el inmueble hipotecado cayese en un lote adjudicado á otro de los coherederos, la hipoteca se anularía por la razón de que el que la impuso no podía ser considerado propietario; así como, por el contrario, sería válida y eficaz si el inmueble hipotecado correspondiese al lote asignado al coheredero que lo hipotecó.

No creemos oportuno exponer otras muchas consecuencias que pueden derivarse de la diversidad del carácter de la división. Nosotros debemos examinar solamente, si admitiendo que la ley que determina tal carácter debe tener la misma autoridad que un estatuto personal, para todos los efectos en las relaciones entre los coherederos, ha de ser eficaz también en el caso de que se discuta para los efectos que puedan derivarse respecto á los terceros.

Supongamos que la división de la herencia de un italiano se haya hecho en Italia, y que una parte de los bienes hereditarios se encuentre en un país, donde según la ley, se atribuya á aquélla el carácter traslativo. ¿Se podría, tal vez, sostener que en virtud de las disposiciones sancionadas en el artículo 8.° del título preliminar y 1.034 del Código italiano, la división debía considerarse declarativa incluso en cuanto á los bienes existentes en dicho país?

Ciertamente, decimos nosotros, en las relaciones entre los coherederos; supuesto que el legislador italiano la considera

declarativa, y es única la herencia, respecto á la cual existe el derecho de los coherederos, sería un contrasentido querer sostener que la división que éstos hicieran, fuera declarativa tocante á los bienes existentes en Italia, y traslativa en cuanto á los que radicasen en el extranjero. Tratándose de una relación convencional, á la que se da existencia bajo el imperio de la ley que debe regularla, sería absurdo sostener que los coherederos habían pretendido esa dualidad, siendo así que, en esencia, realizaban un acto jurídico: transformaban su derecho hereditario indiviso en derecho dividido. Tal anomalía y tal incongruencia puede tener lugar en el sistema francés, porque considerándose la autoridad absoluta y exclusiva de la ley territorial para la división de los inmuebles existentes en Francia, y reconociéndose además la autoridad de la ley personal del *de cujus* para la división de su patrimonio mobiliario, se podría deducir que si, según la ley personal, se atribuyese á la división carácter traslativo, tal carácter debería mantenerse en ella para la división de los muebles hereditarios. De este modo, el mismo hecho jurídico, la división, vendría á ser declarativa para los inmuebles existentes en Francia, en virtud del artículo 3.°, y de la condición real de toda disposición referente á la sucesión, y traslativa en cuanto á los muebles hereditarios. Lo cual confirma siempre la anomalía del sistema.

Respecto á los terceros, la cosa se presenta bajo un punto de vista muy diverso. En efecto, debe atenderse para ellos á la regla de que toda ley que vela por sus derechos, lo hace también por los sociales, y de que cuando se discuten los intereses sociales, la ley que los regula tiene carácter de ley real. El acreedor hipotecario que inscribe su hipoteca sobre el inmueble hereditario bajo el imperio de la *lex rei sitae*, según la cual se considera válida y eficaz la hipoteca consentida por uno de los coherederos, porque lo reputa *ex tunc* propietario por su parte de la herencia indivisa, puede, con razón, invocar la ley bajo cuyo influjo el acto jurídico tuvo existencia y nació la relación jurídica, y no ya porque la ley que determina el carácter de la división constituya un estatuto real, sino más bien porque la ley que rige los derechos de los terceros contra sus deudores, tiene el

carácter de estatuto real, en cuanto preside las relaciones establecidas entre ellos.

El mismo principio debe servir para resolver las otras cuestiones que pueden derivarse del carácter de la división, siempre que estén en litigio los intereses de los terceros ó los de la sociedad. Así, á manera de ejemplo, cuando en el país donde se encuentra una parte de los inmuebles hereditarios de un italiano se atribuye á la división el carácter traslativo, se necesitará observar las leyes territoriales que regulan los actos de transmisión de la propiedad para su eficacia respecto á los terceros. Pudiera, pues, considerarse indispensable la inscripción de la división ó la observancia de otras disposiciones encaminadas á hacer eficaz dicha transmisión, á pesar de que según nuestra ley, el acto de la división no debe inscribirse; y lo mismo ha de decirse de las otras disposiciones aplicables al caso de la transferencia de la propiedad. La razón es siempre idéntica; esto es, que tales disposiciones son en toda ocasión de interés general, y cuando intervienen los intereses de la sociedad, la ley por que se rigen debe también tener la autoridad de estatuto real.

1.682. Hablemos ahora del concurso de acreedores.

Los acreedores que ostentan sus derechos de crédito en la herencia, pueden ejercer la acción personal contra los herederos, ó la acción hipotecaria.

Suponiendo que se hallen en concurso como acreedores personales del difunto, y que haya varios herederos, puede nacer la cuestión de la ley que ha de regir su acción respecto á los coherederos. Es preciso advertir que las leyes de los distintos países no regulan del mismo modo el derecho de la acción que corresponde á los acreedores contra los herederos. Algunas consideran que la obligación de pago de las deudas se basa en la representación, y que cuando son varios los herederos, cada uno de ellos tiene la representación de la herencia, aunque proporcionada á la cuota que á él le pertenece, estableciendo que los herederos están obligados al pago de las deudas y cargas hereditarias personalmente, en proporción á su haber.

Así lo disponen, el legislador italiano en los artículos 1.027 y 1.029 y el francés en los 870 y 875, y, por consiguiente, el

acreedor está obligado á dividir su acción, procediendo contra cada uno de los coherederos para el pago de la parte de deuda por que están obligados á contribuir. El legislador ha procurado salvar el derecho del acreedor, manteniendo la unidad de acción aun después de la muerte del obligado, concediéndole la facultad de servirse de la separación del patrimonio, de la cual hablaremos muy pronto.

Otras leyes, inspirándose en distinto criterio, creen que la accidentalidad de la muerte del deudor no puede alterar la unidad del derecho del acreedor, y ponerlo en condiciones de dividir su acción en proporción á las obligaciones personales de los herederos; y considerando que su crédito estaba garantizado por la masa del patrimonio procedente del difunto, han establecido que la obligación para pagar tales deudas, debe estimarse solidaria respecto á los herederos, salvo el derecho de éstos á reintegrarse, repitiendo contra cada uno de sus coherederos por la parte con que los demás debieron contribuir. Así lo establece el Código austriaco en el artículo 820 (*a*).

En tal estado de cosas, ¿qué ley debe aplicarse para decidir si la acción del acreedor ha de limitarse á la parte con que cada uno haya de contribuir de modo proporcional, ó si puede entablarse contra cada uno de los herederos solidariamente?

La discusión nació entre los jurisconsultos antiguos mientras se hallaban en vigor los estatutos territoriales que regulaban la materia de diferente modo. Examinaron la hipótesis de que una parte de la sucesión se hallase situada en un país donde, según lo establecido, se concediera á los acreedores la facultad de proceder solidariamente contra cada uno de los coherederos, y la

(*a*) Según el art. 1.084 del Código civil español, hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso, el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á sus coherederos, á menos que por disposición del testador, ó á consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

otra parte, en un país en el cual, conforme á su legislación, los acreedores estuviesen obligados á dirigir su acción contra cada uno de los coherederos *pro portione haereditaria*; y no se pusieron de acuerdo al determinar el estatuto que debía aplicarse para decidir qué acción correspondía al acreedor. Algunos pensaron que se debía tener en cuenta la *lex rei sitae*, y otros la ley del domicilio del *de cujus*, porque la naturaleza y extensión de la obligación de los coherederos debía determinarse con arreglo á tal ley (1). Los que se inclinaron á sostener la autoridad de la *lex rei sitae*, se fundaban en el concepto de que como la acción se reduce á obrar sobre los bienes, debe considerarse sometida á la ley del lugar donde existen aquellos que pueden ser objeto de los actos ejecutivos; por lo que decidieron que si se debía proceder á la ejecución en el domicilio del heredero, era indispensable limitar la acción *pro portione haereditaria*, si así lo establecía el estatuto allí en vigor. Los más acreditados jurisconsultos, como Pablo de Castro, Christianeus, Bouhier y otros, sostenían, por el contrario, la autoridad de la ley del domicilio del *de cujus*, porque opinaban que la declaración de la herencia se realizaba en el lugar del domicilio del difunto, y allí los herederos que la aceptaran contraían la obligación personal para con los acreedores, por lo que, según la ley que en tal lugar imperase, debía determinarse la naturaleza y extensión de la obligación personal de los herederos (2).

No creemos oportuno examinar la doctrina de los jurisconsultos antiguos; sostuvieron opiniones tan distintas y complicadas, á causa del modo de entender la autoridad territorial de los estatutos, que Boullenois, después de haber expuesto su teoría, acaba por manifestar que es un punto lleno de dificultades, y no sabe pronunciarse de una manera definitiva.

---

(1) Confr. Boullenois, *Observ.* 17, págs. 277 y 288, donde se halla una larga discusión sobre el particular; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, capítulo XXI, §§ 213 y 214; Burge, *Comm. on Colon and Foreign Laws*, parte 2.ª, cap. XV, § 4.º; Story, *Conflict of Laws*, § 4.896.

(2) Confr. Christianeus, *Practicarum quaestionum*, tomo I, *Decisiones*, 283. núms. 15 y 16.

1.682. Recordando todo lo que hemos dicho, á saber, que la cuestión de las deudas y cargas hereditarias en relación con los herederos, debe ser resuelta aplicando la ley que haya de regular la sucesión y el contenido de los derechos sucesorios, no podemos admitir que se aplique la misma ley cuando llegue el caso de solucionar la cuestión respecto de los acreedores. En efecto, no nos parece que el derecho de acción en sus relaciones entre acreedores y herederos, dependa de la ley reguladora de la sucesión, principalmente porque el derecho de acción no puede entenderse basado en tal ley. Ni aun admitimos que dependa de la ley del lugar donde se encuentra una parte de los bienes hereditarios, porque el derecho de acción se funda en el crédito, en relación con la obligación personal, y esta es independiente como tal, de la situación de los bienes que sirven de garantía para asegurar el pago. Es verdad, que cuando llegue el caso de proceder á actos ejecutivos, la situación de los bienes hereditarios puede ejercer alguna influencia, pero esto depende de otros principios que no pueden servir para establecer en general que la indivisibilidad ó divisibilidad de la acción dependa de la *lex rei sitae*.

El derecho de acción, á nuestro modo de ver, forma parte integrante de la relación establecida entre el acreedor y su deudor, y del contenido de la obligación por parte de éste en cuanto al derecho de crédito que corresponde al primero, como acreedor. Ahora bien, si el derecho vale lo que la acción judicial, para asegurar su respeto, nos parece que la divisibilidad y la unidad de la acción debe depender, en principio, de la ley bajo cuyo imperio tuvo existencia el acto jurídico, y donde nació la relación entre acreedor y deudor.

La circunstancia completamente accidental de que en el momento en que la acción se ejerce el deudor personalmente obligado haya muerto, y de que en su lugar se encuentren sus herederos subrogados legalmente á él para el cumplimiento de sus obligaciones personales, no puede cambiar la esencia del asunto. Se trata de relaciones que se derivan de contrato expreso ó de la ley, y es natural, ya que tales relaciones no dependen de ningún modo de la ley de la sucesión, sino que se

refieren al derecho del acreedor contra el deudor, basado en la obligación personal de este último, es natural, repetimos, que se sometan á la ley bajo cuyo imperio nacieron y por la cual deben ser reguladas.

Sin embargo, es preciso advertir que de igual modo que la acción por parte del acreedor tiende á obtener el cumplimiento de la obligación de su deudor, y esto no se consigue más que con los bienes que garantizan el cumplimiento de las obligaciones personales, así la situación de éstos puede ejercer su influencia, cuando se trate de proceder á la ejecución forzosa, ya que el poseedor de los mismos puede valerse de la ley reguladora de la sucesión, dado que los bienes se encuentren en un territorio donde dicha ley ejerza su imperio. El heredero podría contrarrestar los actos ejecutivos fundándose en la ley sucesoria, que, al determinar la parte de deuda á su cargo, establece el derecho que le compete de rechazar la ejecución sobre sus bienes, en lo que exceda de su cuota. El heredero podría también invocar la ley reguladora de la sucesión, según la cual debe determinarse el contenido del derecho sucesorio, cuando los bienes que le correspondan se encuentren en el territorio del Estado, y pedir la aplicación de dicha ley, aun cuando fuera diversa de aquélla bajo la cual nació la obligación del difunto para establecer cómo y hasta qué limite debe considerarse obligado á pagar las deudas y cargas de la herencia.

Para explicar mejor nuestra opinión, supongamos que la obligación contra un italiano haya nacido en país extranjero donde la ley atribuya al acreedor el derecho de acción contra los herederos de su deudor, por entero, y sin obligarlo á dividir la acción en proporción á la parte con que debe contribuir cada uno de los sucesores. Figurémonos que por la muerte del deudor italiano, se abra su sucesión, que una parte de los bienes hereditarios se encuentre en el país extranjero donde nació la obligación personal del difunto, y que el acreedor promueva allí la acción para obtener el completo pago de su crédito del coheredero posesor de los bienes. Considerando que, según la ley italiana, los coherederos deben contribuir al pago de las deudas y cargas hereditarias en proporción de sus cuotas, y que

cada uno está obligado personalmente en proporción á su haber (artículos 1.027 y 1.029), ¿podría el coheredero rechazar la acción aduciendo que el estatuto para el pago de las deudas es personal y fundarse, por consiguiente, en la ley italiana para aducir que su obligación personal debe ser proporcionada á su cuota hereditaria? Creemos que no.

El estatuto es personal, en cuanto determina la proporción en que han de contribuir los coherederos; pero no puede desplegar su autoridad para determinar la acción del acreedor dirigida á obtener el cumplimiento de la obligación por parte de su deudor. El acto jurídico, al que se ha dado existencia bajo el imperio de la ley extranjera, está sometido á las reglas que rigen las relaciones nacidas de la obligación, es independiente, *respecto del acreedor*, de la ley reguladora de la sucesión. Puede, pues, fundarse en las circunstancias de haber nacido el hecho jurídico bajo el imperio de la ley extranjera, que le atribuye el derecho de acción contra su deudor personalmente, y contra los herederos *solidariamente*, y en que bajo el imperio de la misma ley se encuentran los bienes hereditarios objeto del procedimiento ejecutivo que intenta ejercitar para sostener su acción ante el Juez de su país, sin preocuparse de que la ley italiana reguladora de la sucesión, rigiendo la cuestión en sus relaciones con los coherederos del difunto obligado, disponga de un modo diverso.

No obstante, si en el país extranjero no existieren bienes ó fueran insuficientes para el completo pago de la deuda, y el acreedor quisiere proceder en Italia contra el otro coheredero, ó ejecutando la sentencia, ó mediante la acción personal directa, no podría realmente invocar la ley extranjera bajo cuyo imperio nació el derecho de crédito y el de acción, para sostener que podía proceder contra cada uno de los coherederos solidariamente. El coheredero ejecutado podría invocar con razón la ley reguladora de la sucesión, que establece su cualidad de heredero y la extensión de su obligación personal acerca de las deudas del difunto, para sostener que el acreedor debería reducir la acción en proporción á la cuota hereditaria que á él le correspondió. La ley extranjera, en efecto, no podría derogar en Italia á la ley italiana referente á la sucesión, que regula

el pago de las deudas por los sucesores del difunto obligado

Siguiendo el mismo orden de ideas, suponiendo que el derecho de crédito y el de acción hubieran nacido bajo el imperio de la ley extranjera que atribuya la acción *in sólido* contra los coherederos; que se abriese la sucesión de un conciudadano en dicho país; que una parte de los bienes hereditarios se encontrara en Italia y que el acreedor quisiera proceder mediante la acción solidaria, ó que habiendo ejercitado en el país extranjero la acción, y obtenido sentencia contra uno de los coherederos, quisiera ejecutarla sobre los bienes que éste tuviese por aquel concepto en Italia, decimos que el coheredero poseedor de estos bienes no podría rechazar la acción, fundándose en la ley italiana que regula de diverso modo la parte en que cada uno ha de contribuir y la obligación personal de los coherederos, para con las deudas del difunto. No podría, porque el estatuto para el pago de las deudas por los coherederos, no es un estatuto real y dependiente como tal de la *lex rei sitae*. Respecto á los coherederos es personal, y por consiguiente se debería aplicar hasta en Italia, con relación á los bienes hereditarios pertenecientes á sucesión extranjera, la ley reguladora de la sucesión, y admitir por lo tanto, conforme á la misma, la acción *in solido* aun cuando fuesen diversas las disposiciones de la ley italiana sobre este particular.

1.684. En el caso de que los acreedores del difunto fuesen hipotecarios, no habría cuestión, porque la hipoteca y la acción hipotecaria deben ser, en principio, regidas por la ley donde se encuentren los bienes á ella afectos. Así como no se puede poner en duda que la hipoteca está subordinada á la *lex rei sitae*, tampoco debe dudarse de que el acreedor hipotecario del *de cujus*, tiene el derecho de proceder hipotecariamente conforme á cuanto establece la ley territorial. Por consiguiente dado que el inmueble hipotecado se encontrase en Italia ó en Francia, el acreedor podría proceder hipotecariamente por toda la cantidad, en virtud de la disposición sancionada en el artículo 1.029 del Código italiano y del artículo 823 del Código francés, porque la hipoteca y la acción hipotecaria deben entenderse sometidas siempre á la *lex rei sitae*.

1.685. Pasemos á hablar ahora acerca de la separación de los patrimonios y de la de los bienes.

La aceptación pura y simple de la herencia produce el efecto, en el sistema consagrado en la legislación italiana y en las demás que han seguido al Código francés, de confundir los bienes y las deudas del difunto con los bienes y deudas del heredero. Tal confusión puede acarrear un grave perjuicio al heredero, si en la sucesión existen más deudas que bienes; y á los acreedores de la herencia y á los legatarios, si el heredero tiene tantas deudas que superen al valor de sus bienes propios, y de los adquiridos merced á la sucesión. Para prevenir tales eventualidades, el legislador admite dos instituciones, que son, el beneficio de inventario en interés del heredero, del cual nos hemos ocupado anteriormente (1) y el de la separación de patrimonios, en interés de los acreedores ó legatarios, del cual vamos á ocuparnos.

La separación de los patrimonios del difunto y del heredero, tiende á impedir que los acreedores personales de este último puedan ser pagados con los bienes del primero que deban destinarse á la satisfacción de las deudas del mismo y de las cargas de la herencia; y produce el efecto de atribuir á los acreedores del difunto y á los legatarios que quieran utilizarlo, el derecho de que se les pague con preferencia á los acreedores personales del heredero y de que se les garantice contra la concurrencia derivada de la confusión de los patrimonios y de las deudas.

¿Cuál es la ley que debe dirigir el ejercicio de tal derecho por parte de los acreedores? ¿Será, por ventura, la ley personal del *de cujus*, la cual, según el sistema italiano, es también reguladora de la sucesión? ¿Será, en esencia, la misma ley que rige la sucesión que, según ciertas legislaciones, tiene el carácter de estatuto real y debe presidir todas las relaciones que de la misma se deducen? O, por el contrario, ¿debe ser la del lugar donde estén situados los bienes hereditarios, respecto á los

(1) Véase § 1.504 y siguientes.

cuales los acreedores hipotecarios quieren valerse del beneficio de pedir la separación?

Laurent, discutiendo la cuestión propuesta, opina que la ley tiene el carácter de estatuto personal, supuesto que la separación de los patrimonios se funda en las relaciones que ligan al acreedor y al deudor, y se deriva de la ley personal; por lo que se tendrá por personal la ley á que se somete, porque como se refiere á un vínculo de obligación, debe por esto subordinarse á la ley personal del difunto. Si, como decía Pothier, la separación de los patrimonios se quiere considerar como una consecuencia del Derecho común, en virtud del cual el heredero toma los bienes con las cargas con que están gravados, y el beneficio es una resultancia de la aceptación de la herencia, la ley se considerará también como estatuto personal, porque concierne á la aceptación, que es un hecho voluntario, y debería depender de la ley que regula el derecho hereditario, ya que la separación de los patrimonios es una consecuencia de la aceptación de la herencia (1).

El insigne jurisconsulto observa, no obstante, que como para hacer efectivo el privilegio que se deriva de la separación del patrimonio, es necesario seguir las prescripciones del legislador territorial, también para el ejercicio del derecho sobre los inmuebles conviene atenerse á la *lex rei sitae*, y bajo tal aspecto el estatuto es real.

A nosotros nos parece ver la cuestión bajo otro punto de vista, y nos inclinamos á admitir que, la ley que preside la materia á que nos referimos, tiene el carácter de estatuto real, y entendemos, por lo tanto, que la separación de los patrimonios, como derecho que compete á los acreedores de la herencia, se sujetará á la ley del lugar donde se encuentran los bienes hereditarios cuya separación se solicita, y que debe aplicarse esta ley, no sólo para determinar lo relativo á las formalidades necesarias y á los efectos que puedan deducirse de la separación de los patrimonios, sino también para decidir cómo y cuándo los acreedores pueden ejercer el derecho de pedir esta separación

(1) Laurent, *Dr. civ. int.*, t. VII, § 56.

entre los bienes del difunto y los de los herederos. Y he aquí las razones en que fundamos nuestro convencimiento.

La relación entre los acreedores y los bienes de su deudor, nace por virtud de la obligación personal contraída por éste hacia su acreedor, en gracia del principio general de justicia social, que se encuentra sancionado por el legislador italiano en el art. 1.948 y por el legislador francés en el 2.092, y según el cual, cualquiera que se obligue personalmente no puede por menos de cumplir su obligación con todos sus bienes muebles é inmuebles presentes y futuros.

Ahora bien, si la ley del país donde se encuentran los bienes del deudor y donde debe considerarse establecida la relación entre éste y el acreedor, á fin de impedir que los bienes de aquél, que fueron legalmente tenidos por los acreedores como garantía común de sus créditos, fuesen distraídos y destinados á otros, determina que cuando el deudor muera sin haber satisfecho sus obligaciones personales, sus acreedores puedan vigilar el derecho adquirido sobre tales bienes y hacer eficaz la garantía común, solicitando la separación de los bienes del *de cujus* de los del heredero; la ley que esto establezca, no puede ser considerada más que como conducente á dar á la relación ya nacida, una forma legal de garantía más eficaz, y, por consiguiente, desplegará su autoridad sobre los bienes del deudor existentes en el territorio sometido á su imperio, respecto de los cuales la relación nació y se estableció. Nos parece natural, pues, que así como tal ley puede desplegar su autoridad en lo relativo á dichos bienes, también debe tener, en lo que á ellos se refiere, la autoridad de estatuto real.

La ley reguladora de la sucesión no puede, á nuestro parecer, ejercitar en esto autoridad alguna, por la sencilla razón de que el derecho á la separación de los bienes, como atribuído á los acreedores, no tiene relación con el derecho sucesorio. Comprendemos que tal derecho nace á consecuencia de la apertura de la sucesión, pero no puede someterse á la ley á que ha de subordinarse ésta y el derecho de los herederos, porque el acreedor es un tercero, y las relaciones entre él y los bienes del difunto surgieron á conse-

cuencia de la obligación personal contraída por el *de cujus* durante su vida. Al sobrevenir la muerte, ó el acreedor acepta al heredero como deudor en lugar del difunto, y como se verifica una novación, es forzoso admitir que por lo mismo que voluntariamente reconoce la autoridad de la ley que ha de regir la condición del heredero, queda sometido á la reguladora de la sucesión; ó, por el contrario, el acreedor quiere mantener íntegras las relaciones nacidas y establecidas entre él y los bienes de su deudor, destinados por la ley á garantizar su crédito, y es natural que se reconozca la autoridad de la *lex rei sitae*, en cuanto regula la garantía legal de los créditos en relación con los bienes que se encuentran en el territorio del Estado.

1.686. Considerando nosotros que la ley que establece la separación entre los bienes del difunto y los del heredero, tiene el carácter de estatuto real, claro es que debemos sostener que no puede hacerse distinción alguna entre bienes inmuebles y bienes muebles; todos ellos, cualquiera que sea su naturaleza, constituyen la prenda común de los acreedores, y, por consiguiente las razones en que nos fundamos para atribuir la autoridad del estatuto real á la ley que concierne á la separación de los mismos, subsisten para los inmuebles y para los muebles localizados. Con mayor motivo debe admitirse que todas las disposiciones sancionadas por la *lex rei sitae*, para transformar la prenda común de los acreedores, en derecho real, deben ser observadas, y, por lo tanto, el término para el ejercicio del derecho por parte de los acreedores y la pérdida por el transcurso de este término, la forma de publicidad prescrita, y así sucesivamente, todo dependerá de la ley territorial, supuesto que interesa á los terceros, los cuales tienen el derecho de saber si los bienes del difunto deben considerarse ó no sujetos al pago de sus deudas.

Aplicando los principios expuestos, decimos que, si se encontraran en Italia los bienes hereditarios de un francés, y sus acreedores, á su muerte, pidieran la separación de los mismos, deberían atenerse á cuanto dispone el legislador en el art. 2.057, que establece que el derecho de pedir la separación no puede

ejercitarse más que en el término perentorio de tres meses desde el día en que se abrió la sucesión. Inútilmente los acreedores invocarían la disposición sancionada por el legislador francés en el art. 880, que acuerda el término de tres años para el ejercicio de tal derecho respecto á los bienes muebles hereditarios y que admite la facultad de solicitar la separación respecto á los inmuebles, mientras se encuentren en poder de los herederos. No valdría aducir que, conforme al art. 8.° (*Dispos. gener.*), la sucesión debe sujetarse á la ley nacional del *de cujus*, y que, con arreglo al art. 7.°, los muebles están sometidos á la ley de la nación del propietario. Se podría, por el contrario, sostener con más razón que el derecho de los acreedores de pedir la separación de los bienes no depende de la sucesión, y que la disposición sancionada por el art. 12, esto es, que las leyes extranjeras no pueden derogar las de orden público, comprende también las que se refieren á los muebles. ¿Acaso no es una ley de orden público la que establece la prescripción del derecho de pedir la separación de los bienes á fin de velar por los intereses de los terceros que, como acreedores del heredero, pueden proceder sobre los bienes que á éste se le atribuyen por sucesión? Esta ley tiende á proteger los intereses generales, procurando que todos puedan saber si los bienes existentes en Italia han de considerarse sujetos ó no al pago de las deudas del difunto.

En virtud de los mismos principios, sostenemos que si se tratase de la sucesión de un italiano, y los muebles hereditarios se encontrasen en Francia, los acreedores podrían valerse de la disposición del art. 880 del Código civil francés, y solicitar la separación, si no hubiesen transcurrido tres años. No se podría aducir en contrario, que según los principios admitidos por la jurisprudencia francesa, la sucesión mobiliaria se considera sometida á la ley personal del *de cujus*, é invocar, por consiguiente, la disposición sancionada por el legislador italiano en el artículo 2.057 para afirmar que el derecho de pedir la separación debe considerarse prescrito transcurrido el término perentorio de tres meses. Todos comprenderán que no se trata de una relación de derecho sucesorio para considerarla sometida á la ley reguladora de la sucesión, sino más bien de

una garantía real establecida por el soberano del Estado en interés de los terceros, y que no se puede desconocer la autoridad exclusiva de la ley territorial, que debe desarrollar su fuerza imperativa en toda relación jurídica en que se hallen comprometidos los derechos de los terceros.

Advertimos, por último, que siempre que se abriese la sucesión en Italia, y los acreedores hubiesen solicitado la separación de los bienes del difunto, lo que dispone el legislador italiano respecto á los efectos de la demanda de separación, no serviría para determinar los derechos de los que como acreedores hubiesen formulado la demanda respecto á los bienes situados en el extranjero.

Es necesario siempre tener presente que nos encontramos en el campo de las disposiciones legislativas referentes á la adquisición de los derechos reales, y que no se puede admitir su autoridad más que limitadamente á los bienes existentes en el territorio del Estado.

CAPÍTULO XVI

De los impuestos sobre las sucesiones.

1.687. Las leyes sobre los impuestos, tienen siempre autoridad territorial.—**1.688.** Conflictos que nacen en las relaciones internacionales.—**1.689.** Carácter de las leyes fiscales.—**1.690.** Ley francesa acerca del impuesto sobre la sucesión.—**1.691.** Rigurosas aplicaciones según la jurisprudencia.—**1.692.** Ley italiana.—**1.693.** Impuestos sobre la sucesión según el derecho inglés.—**1.694.** Inconvenientes prácticos que se derivan de la aplicación del derecho positivo.—**1.695.** Temperamentos aportados por la ley de Baviera y de Prusia.—**1.696.** La cuestión es de derecho interno.—**1.697.** Los jurisconsultos están de acuerdo en reconocer la necesidad de obviar los inconvenientes de la doble contribución.—**1.698.** Manera de resolverse la cuestión.

1.687. El derecho que compete al soberano de cada Estado de recurrir á los impuestos, cobrando á los particulares lo que puede reputarse necesario para atender á las necesidades del Estado, se ejerce libremente en conformidad con el derecho público de cada país, y en las relaciones internacionales no debe tenerse por limitado más que en virtud de los pactos estipulados en los Tratados. Una de las formas de contribución obligatoria, es la que se paga por la transmisión de los bienes, como consecuencia de la apertura de la sucesión, y las leyes de cada país determinan la medida del tributo, bajo la forma de impuesto ó de tasa, que se ha de pagar al Fisco.

No cabe duda alguna de que las leyes territoriales que rigen esta materia, deben aplicarse hasta en el caso de que se trate de la sucesión de un extranjero abierta en el territorio del Estado; porque como el tributo representa el equivalente de la función soberana, que protege la transmisión de la propiedad

por parte de uno y la adquisición por parte de otro, es justo que se aplique la ley del lugar donde se realiza el acto jurídico, y sin diferencia alguna en el caso de que se trate de un nacional ó de un extranjero. Se debe solamente sostener, en principio, que como la medida de toda forma de tributo ha de ser proporcionada á las utilidades sociales que se derivan de la función del Estado, y á las exigencias económicas del mismo, no es justo que la medida del impuesto, en materia de sucesión, sea para el extranjero más onerosa que para el ciudadano. Esto equivaldría á establecer una diversa condición jurídica entre uno y otro, y un soberano que abusase de la fuerza de que dispone, para obligar á uno, sólo por ser extranjero, á dar al Fisco una parte mayor de sus haberes, reproduciría con forma más templada el injusto concepto de la aubana.

1.688. La dificultad en esta materia nace, ante todo, cuando se trata de determinar la medida del tributo. Pero la duda más grave es ésta: si establecida la medida del tributo con arreglo á la ley del país donde se abra la sucesión, tal ley debe aplicarse para gravar todos los bienes que constituyen el patrimonio del *de cujus*, cualquiera que sea su naturaleza y el lugar en que se encuentren. Y dado que los bienes hereditarios se encuentren en países distintos, y que todos tomados en conjunto y considerados como *universitas* hayan sido gravados por la ley fiscal vigente en el lugar donde se abrió la sucesión, ¿se puede dudar de si la *lex rei sitae*, que sujeta al tributo toda transmisión de la propiedad, se aplicará á la parte de los bienes hereditarios, respecto de los cuales, como bienes singulares, la transmisión se verifica en el territorio donde impera esta ley, admitiendo así un doble tributo, esto es, el impuesto por la ley de la sucesión, que le grava por formar parte del patrimonio *uti universitas*, y aquel que, según la *lex rei sitae*, debe pagar por tratarse de bienes singulares, en virtud del derecho de la soberanía territorial, que los somete como tal al impuesto debido al Fisco?

Suponiendo que se deba admitir el derecho de cada soberanía, de someter, en virtud de su autonomía é independencia á las propias leyes fiscales los actos de transmisión, ¿se puede

justificar que cada una de ellas ejerza su propio derecho en interés del Fisco sin preocuparse de la condición onerosa para el contribuyente? Dada la concurrencia de los derechos, por parte de las diversas soberanías, ¿deberán al menos establecerse ciertos límites para regular, según la razón y la justicia, el ejercicio del derecho por parte de cada una de ellas?

1.689. En el campo del derecho positivo encontramos que el sistema de los tributos está organizado no solamente con completa independencia, sino también con el propósito de favorecer cuanto más sea posible el enriquecimiento del Fisco. Con tal tendencia están hechas generalmente las leyes, y lo más extraño es que la misma magistratura, al aplicarlas é interpretarlas, se inclina ordinariamente á hacer que prevalezcan siempre los principios más adaptados para acrecer los llamados derechos del Fisco, de manera que con razón puede afirmarse que los Tribunales de justicia asumen el carácter de Tribunales fiscales, siempre que se les llama para que decidan controversias en que el Fisco está interesado. Esta tendencia prevalece, tanto en las cuestiones entre el Fisco y los ciudadanos, como en las que tienen lugar entre el Fisco y los extranjeros. No es, pues, de extrañar que en el campo del derecho positivo, no dominen, en tal materia, los principios más racionales, y que la jurisprudencia interprete siempre la ley en el sentido menos favorable al contribuyente.

1.690. En Francia, según la ley orgánica del registro, que es la del 22 de Frimario, año VII, el Fisco cobra un derecho proporcional por cada transmisión de propiedad, de usufructo, de disfrute de bienes muebles ó inmuebles, ya por actos *inter vivos*, ya por actos *mortis causa*. Tal derecho está basado en el valor.

En el caso de transmisión por sucesión, los derechos del Fisco se regulan conforme á las Leyes de 18 de Mayo de 1850, 13 de Mayo de 1863 y 22 de Agoste de 1871. Estas leyes han procurado ampliar siempre la materia imponible, con la intención de acrecer los derechos del Fisco. Conforme á la ley de 1850, artículo 7.°, y de 1863, artículo 11, siempre que se trate de sucesión sometida á la ley francesa, y de determinar

los derechos del Fisco, aparte de los bienes inmuebles, que están naturalmente subordinados á la ley territorial, también han de sujetarse á las leyes fiscales para el cambio de propiedad, los títulos de la deuda del Estado pertenecientes á la sucesión, ya sean representativos de valores franceses, ya extranjeros. Cuando por el contrario se trata de sucesión no sometida á la ley francesa, los derechos del Fisco se limitan sólo á los valores franceses dejados por el *de cujus* (1).

Es preciso además advertir que, según los principios establecidos por la jurisprudencia, para decidir cuándo la sucesión debe ó no considerarse regulada por la ley francesa, al principio había de tenerse en cuenta el domicilio legal del *de cujus*, y por consiguiente, se hallaba sometida á dicha ley, para la aplicación del impuesto, la sucesión del extranjero autorizado por el Gobierno para fijar su domicilio en Francia. Los valores, pues, pertenecientes á sucesión extranjera, estaban afectos á las leyes fiscales relativas al impuesto de transmisión, sólo cuando se trataba de un extranjero difunto que tenía su domicilio legal en Francia. Pero después, queriendo ensanchar más el campo de la materia imponible, se promulgó la ley de 23 de Agosto de 1871, la cual, para prevenir que los extranjeros establecidos realmente en Francia sin haber obtenido la autorización legal, se libraran de la aplicación de las leyes fiscales relativas al cambio de propiedad de los valores públicos en el caso de que se abriese la sucesión, estableció que bajo el punto de vista de la aplicación de las leyes fiscales á la sucesión de los extranjeros, debía bastar que el *de cujus* hubiese tenido en Francia su domicilio de hecho. La mencionada ley, en efecto, dispone así: «Están sujetos al pago de los derechos sobre mutación de la propiedad por fallecimiento, los fondos públicos, acciones, obligaciones, participaciones, créditos, y generalmente todos los valores extranjeros, cualquiera que sea su naturaleza, que dependan de la sucesión de un extranjero domiciliado en Francia *con ó sin autorización*. Así como también las transmi-

(1) Confr. Trib. civ. del Sena, 25 de Junio de 1880. Enregistrement c. L. Baudy (*Journal de Droit int. privé*, 1881, pág. 164).

siones *inter vivos* á título gratuito de estos mismos valores, que se realicen en Francia».

En virtud de tal disposición el concepto del domicilio, para el Fisco, tiene un significado muy distinto del que se le da en Derecho civil. En lo que se refiere al primero, la sucesión de un extranjero no puede sustraerse al pago del impuesto de transmisión por fallecimiento, salvo en el caso de que el difunto no hubiese tenido en Francia más que una residencia momentánea. Cuando se le puede atribuir un domicilio de hecho, el Fisco percibe el impuesto por sucesión hasta sobre los valores mobiliarios extranjeros (1). De este modo, siempre que según la ley nacional del *de cujus* la sucesión se considere abierta en el domicilio de origen del difunto, y por tal motivo se halle sujeta á su ley nacional, y esta grava hasta los valores extranjeros (acciones de caminos de hierro, acciones comerciales, créditos, etcétera), los herederos se encontrarán así obligados á someterse á un doble tributo, esto es, al debido al Fisco francés, conforme á la ley fiscal, y al fijado, con arreglo á su ley nacional, por el Fisco de su país, por el solo motivo de abrirse la sucesión, según su ley patria, en su domicilio de origen, y de deberse aplicar la ley fiscal nacional, que no exime del pago del impuesto de sucesión, los valores extranjeros.

Cuando la sucesión del extranjero fallecido se abra fuera de Francia, el Fisco francés aplica la ley fiscal á los inmuebles hereditarios existentes en Francia, sin que tal derecho pueda en verdad negarse, y no sólo lo aplica también á los muebles corporales que se encuentran en Francia el día de la defunción, sino á los incorporales, cuando pueden ser localizados, y considera localizados en Francia los créditos hereditarios, siempre que el deudor obligado tenga su domicilio en este país. El Consejo de Estado francés, en efecto, con su informe de 11 de Febrero de 1829, estableció que los créditos y los demás bienes incorporales, no tienen verdaderamente una situación

(1) Véase también la aplicación rigurosa de la ley á la sucesión extranjera. Versailles, 26 de Febrero de 1878 (*Journal, Enregistrement*, número 20, pág. 757 y Trib. de Niza, 15 de Febrero de 1879).

real, pero cuando llegue el caso de deberlos localizar, es necesario considerarlos localizados en el domicilio del deudor francés, mientras que subsista la obligación personal por parte de éste. Por lo que el Consejo considera que al impuesto por transmisión, á consecuencia del fallecimiento del acreedor, está sujeta, según la ley francesa, toda especie de obligaciones suscritas por ciudadanos franceses, en provecho de los extranjeros fallecidos fuera de Francia (1).

1.691. La jurisprudencia ha hecho también las más rigurosas aplicaciones de estos principios en interés del Fisco. Así el Tribunal de casación, con su sentencia de 29 de Noviembre de 1858, decidió que debía considerarse como valor localizado en Francia, y sujeto como tal á la ley francesa de transmisión por defunción, una letra de cambio girada desde el extranjero sobre Francia, aun cuando no hubiese sido aceptada por el librado francés, y sin que obstase que el librador estuviese domiciliado fuera de Francia.

Ahora se comprenderá con cuánta razón hemos advertido que las leyes fiscales son siempre interpretadas bajo el punto de vista de extender el campo del impuesto en provecho del Fisco, y sin preocuparse de la situación verdaderamente onerosa que se crea al contribuyente. En efecto, ¿cómo puede considerarse obligación francesa, la derivada de una letra de cambio librada por un extranjero contra un francés, y no aceptada por éste? Teniendo en cuenta que, hasta la aceptación, no existe más que la sola obligación del librador, dado que éste sea extranjero, ¿cómo considera que es una obligación francesa? Se trata de justificar esta tendencia de hacer odioso el sistema de los impuestos, aduciendo que puesto que deben considerarse como la recompensa de la garantía y de la seguridad que la soberanía presta al individuo á quien pertenecen los valores, y éstos se retienen por el que viene á ser propietario, mediante la sucesión, éste debe pagar el impuesto de transmisión por fallecimiento al Estado donde los valores son exigibles. Sin embargo, el ...

(1) Véase Champcommunal, *De la succession*, cap. IV, *De l'enregistrement.*

conveniente se echa de ver si se piensa en que, cada soberanía, en gracia á su autonomía, y con el propósito de que el Fisco obtenga mayores ventajas, entiende de igual modo la garantía que presta, y así todo soberano llega á justificar el abuso de recaudar el impuesto, sin preocuparse del daño efectivo del contribuyente, que se encuentra en circunstancias de pagar el tributo á varios soberanos, y que sufre así desmembraciones en la parte del patrimonio adquirido por sucesión.

1.692. En Italia se encuentra también ampliado el derecho del Fisco respecto á los impuestos que recauda por transmisión á consecuencia de la sucesión. Se entiende, en general, que como el impuesto sucesorio se debe con motivo de la transmisión de los bienes del *de cujus* á los llamados á heredarle, y esta transmisión se efectúa en el momento en que se abre la sucesión, ó sea en el de la muerte del *de cujus*, y se realiza en el lugar de su último domicilio, debe aplicársele para la imposición del tributo debido al Fisco, la ley vigente en el país donde se abre la sucesión. Las leyes que determinan la medida del impuesto por causa de muerte, han sido sucesivamente modificadas y reunidas en un texto único, en conformidad con la Ley de 8 de Junio de 1874 (núm. 1947, S. 2.ª) Tal texto único, fué promulgado por Real decreto de 13 de Septiembre de 1874 (núm. 2.076, S. 2.ª). La ley grava, en general, el cambio de la relación jurídica que en caso de muerte se realiza con la transmisión de los bienes del *de cujus*. El impuesto se basa en la mutación y es proporcionado al valor de los bienes transferidos. Cualquiera transmisión de propiedad, de usufructo, de uso y disfrute de bienes muebles ó de cualquier otro derecho real, ya se haga por acto *inter vivos*, ya se verifique por causa de muerte, está sujeta á la tasa proporcional (art. 4.º) Es, pues, natural, que la ley grave la transmisión, ya se trate de la sucesión de un italiano, ya de la de un extranjero abierta en Italia.

Los bienes sometidos al impuesto por transmisión, se hallan determinados en el artículo 12, que dice: No están sujetos á la tasa proporcional, los bienes inmuebles existentes fuera del Reino, cualquiera que sea el título por que se adquieran. Los

bienes muebles, cuando no están en el Reino, ó se transfieren por causa de muerte».

Para determinar después cuáles son los muebles que deben considerarse en el Reino y por lo tanto sujetos al impuesto, y cuáles los que por entender que se encuentran fuera del Reino están exentos del mismo, el legislador patrio así se expresa: «En las transmisiones por causa de muerte, los créditos, ya pertenezcan á los nacionales, ya á los extranjeros, se considera que existen en el Estado, cuando son exigibles en el mismo, ó están asegurados con bienes que en el se hallan, ó son el equivalente de contratos sobre inmuebles en él situados ó dependen de contratos estipulados entre nacionales en Italia» (artículo 12) (1).

Los Tribunales italianos también han interpretado la ley en el sentido más favorable al Fisco. Así el de casación de Roma, en su sentencia de 22 de Enero de 1877, decide que el impuesto sobre la sucesión, debe pagarse hasta cuando se trate de una letra de cambio girada por el *de cujus* y exigible en Italia, aun cuando no se hubiera pagado, y hubiesen nacido cuestiones respecto á la obligación de su pago (2).

1.693. Según el derecho inglés, el Fisco no percibe, en caso de sucesión, impuesto por los inmuebles hereditarios situados fuera del territorio de la Gran Bretaña, pero percibe derechos que se comprenden todos bajo la denominación de *Death duties* (impuesto sobre la muerte) y que se especifican con el nombre de *Probate and administration duty* (impuesto sobre la comprobación y administración), *legacy and risiduary duty* (impuesto sobre legados y residuos), *account duty* (impuesto sobre las cuentas), *succession duty* (impuesto sobre la sucesión). Si á la muerte del *de cujus* existe un testamento que ha de ser sometido á los Tribunales ingleses, para obtener el *probate*, esto es, la comprobación y la homologación, el albacea (3) debe pagar

(1) Véase la ley citada, texto único.

(2) Corte de casación de Roma, 22 de Junio de 1877 (*Annali di giurisprudenza*, 1877, pág. 259).

(3) Véase lo que establece el Derecho inglés acerca del albacea § 1.292.

la tasa *Probate-duty* (de comprobación), que es proporcionada al valor de los muebles. Esta es, pues, una tasa *ad valorem*, equivalente á todo el patrimonio dejado por el difunto, antes de que se liquide, divida y atribuya á los que están llamados á recogerlo. Hasta que el ejecutor testamentario satisface la tasa, no puede obtener el *probate* ni hacer legalmente acto alguno de administración relativo al patrimonio hereditario.

Además de esta tasa general, existe la denominada *Legacy and residuary duty*, que grava el activo neto de la sucesión mobiliaria. Siempre que al fallecimiento de una persona que tenga su domicilio en la Gran Bretaña, exista un administrador que ejerza sus poderes en virtud de un mandato de administración inglesa, escocesa ó irlandesa, se debe pagar la indicada tasa, que grava el activo de la administración, que es lo que representa el líquido que ha de dividirse entre los legatarios y los herederos *abintestato*. Poco importa, bajo tal punto de vista, comprobar la ciudadanía ó el domicilio de los herederos y de los legatarios; poco importa además averiguar si los bienes muebles recobrados por el administrador, se encuentran en Inglaterra ó en el extranjero, el administrador debe pagar la tasa al Fisco inglés sobre el activo líquido por él realizado, sin preocuparse de si los herederos son ciudadanos británicos ó extranjeros. Está obligado á pagar la tasa en virtud de su mandato británico de administración.

Al aplicar tal forma de tasa, sucede, pues, que si un crédito perteneciente al *de cujus* es exigible en un país extranjero, donde están sujetos al impuesto de sucesión los muebles localizados, y donde los créditos se consideran localizados con motivo de ser allí exigibles, tales créditos se gravan dos veces: según la ley inglesa, que los considera como un activo de la administración, y conforme á la ley del país extranjero, que los somete al impuesto de la sucesión considerándolos como localizados.

El gravamen denominado *succession duty*, se aplica á la transmisión de los bienes adjudicados en propiedad á uno y en usufructo á otro, y constituídos en *trust*. Esta contribución recae sobre el *settlement* (finiquito) por sí mismo considerado, y

no tiene en cuenta ni el domicilio de la persona que haya constituído el *settlement*, ni el del sucesor en cuyo favor se constituyó.

Si se trata de bienes inmuebles, el derecho de la Corona se ejerce siempre que se verifica la transmisión de un inmueble existente en Inglaterra, á las personas entre las cuales se ha dividido su propiedad. Por el contrario, si se trata de muebles constituídos en *trust*, el derecho de la Corona se ejercita siempre que los *trustee*, á los cuales se les confía la misión de entregar los bienes á las personas indicadas, puedan considerarse sujetos á la legislación británica. El Fisco hace valer sus derechos, porque se trata de un *trust* británico, y como tal considera todo *settlement*, en cuya virtud, el *trustee*, á quien se ha dado el mandato fiduciario de conservar los valores para entregarlos conforme á lo establecido en el *trust*, está sujeto á la jurisdicción de los Tribunales británicos, es decir, siempre que el que tiene derecho á los valores constituídos en *trust*, queriendo ejercitar su acción para obtenerlos, deba proceder judicialmente contra el *trustee* ante los Tribunales de la Gran Bretaña. La Corona hace valer, pues, sus derechos contra el *trustee*, y cobra del mismo el tributo debido por el *settlement*. También en virtud de la aplicación de esta ley tributaria, el beneficiado puede verse en la precisión de pagar dos veces. Desde luego, así sucede si es ciudadano de un país que sujeta al impuesto de la sucesión todo legado, y que obliga al legatario á hacer la declaración.

1.694. No creemos oportuno exponer cómo está regulada la materia de que nos ocupamos, según las leyes de los distintos países. Las breves indicaciones que hemos hecho son suficientes para poner de manifiesto los inconvenientes que se derivan actualmente de las condiciones de las leyes positivas que regulan el impuesto de sucesión, y para dar á conocer la utilidad de que se establezcan principios más racionales, conducentes á limitar las intemperancias del Fisco de cada país.

Un principio respecto al cual todos deberían hallarse de acuerdo es éste: que como el impuesto que grava los inmuebles, en consideración á su naturaleza y á su objeto, tiene el carácter de real, debería admitirse respecto á él la autoridad

exclusiva de la *lex rei sitae*. Por lo que toda soberanía, según los más justos principios, debería abstenerse de someter al impuesto de transmisión los inmuebles existentes en territorio que no pertenezca al Estado que representa, reconociendo que no se pueden negar respecto á ellos, el imperio de las leyes fiscales vigentes en el país en que se encuentran (1). Sin embargo, en realidad, existen Estados en los cuales ni siquiera tan justo principio se respeta.

En Bélgica, por ejemplo, en la Ley de 27 de Diciembre de 1817, § 3.°, se dispone que por el cambio de propiedad que se realiza á consecuencia de abrirse la sucesión, el impuesto de transmisión de bienes, grava incluso los inmuebles hereditarios existentes fuera del territorio belga. Por lo que quizá se haya cobrado el impuesto sobre inmuebles del difunto situados en Francia, y esto ha dado lugar á reclamaciones diplomáticas (2).

También en el Cantón de Vaud, antes de que se promulgase la Ley de 31 de Enero de 1889 que excluye del pago del impuesto por sucesión los inmuebles situados fuera del Cantón, cuando se aplicaba á la sucesión de un extranjero fallecido en el Cantón, la ley relativa al impuesto de transmisión por defunción, se gravaban todos los bienes hereditarios muebles ó inmuebles, donde quiera que se hallasen situados.

1.695. En Baviera, por el contrario, según refirió Harburger en el Instituto, los bienes inmuebles existentes en el extranjero no están gravados con impuesto alguno. Los otros

(1) Esta regla se halla sancionada por la ley italiana sobre las tasas de registro, de 13 de Septiembre de 1871, artículo 12; por la ley francesa de 16 de Junio de 1824; ley prusiana sobre las sucesiones, de 19 de Mayo de 1891, § 9.°; ley para la Alsacia y la Lorena de 12 de Junio de 1889; ley de Baviera de 18 de Agosto de 1879 (impuesto sobre la sucesión); ley sajona de 13 de Noviembre de 1876; Vaud, 31 de Enero de 1889.

(2) En la Cámara francesa se ha dicho muchas veces que el sistema establecido por la ley belga, debe considerarse en oposición con los derechos de la soberanía territorial. En este sentido se hicieron observaciones en la Cámara durante las sesiones de 1859, 60 y 61, y el diputado Choque las hizo objeto de una moción.

bienes pertenecientes al *de cujus*, en el caso de que éste fuese ciudadano de Baviera, ó de que allí tuviese su domicilio, están sujetos al impuesto cuando se transfieren á una persona que reside en Baviera, siempre que en el país extranjero no estén subordinados al impuesto por defunción, ó si lo están, que los derechos del Fisco sean inferiores á los establecidos por la ley de Baviera. En este último caso, cuando se pruebe que se han pagado los derechos al Fisco extranjero, se deduce en Baviera lo que se ha pagado en virtud de la ley fiscal extranjera (1).

Igualmente en Prusia, conforme á la ley sobre las sucesiones de 19 de Mayo de 1891, el impuesto recae sobre los muebles extranjeros, de cualquier naturaleza que sean, dejados por un prusiano ó por un extranjero domiciliado en Prusia. No obstante, el § 10 dispone que sólo se pagará cuando los bienes no estén sometidos al impuesto por la ley del lugar donde se hallan situados, ó cuando lo estén en proporción inferior, en cuyo caso el impuesto se recaudará solamente en la parte que falta hasta completar la medida fijada por la ley prusiana. En el mismo principio está basada la ley sobre las sucesiones para la Alsacia-Lorena de 12 de Junio de 1889, artículo 7.°

1.696. No es necesario que nos extendamos mucho para exponer cómo han determinado, más ó menos racionalmente, los derechos del Fisco en el caso de sucesión, las legislaciones de ciertos países, supuesto que la cuestión de las contribuciones es, por sí misma, una de las pertenecientes al Derecho interno, y no puede resolverse con los principios del Derecho internacional privado que determinan la autoridad de las leyes en el caso de que concurran las de distintos países. Es, pues, preciso reconocer, en principio, que como las leyes financieras de cada Estado forman parte del Derecho público, no puede negarse que las promulgadas por la soberanía territorial para establecer el impuesto en materia de sucesión, deben aplicarse con exclusión de toda otra.

(1) Véase la comunicación de Harburger al rel. Barclay, en la relación del mismo al Instituto de Derecho internacional. (*Annuaire*. 1877, pág. 119).

No existe, pues, duda alguna acerca de la autoridad territorial de las leyes fiscales, ni puede surgir un verdadero y propio conflicto de leyes en lo que á él se refiere, puesto que los Jueces de cada país deben atenerse á las reglas sancionadas por el legislador de sus respectivos Estados, estén ó no conformes con los principios racionales y aun cuando las informe el más exagerado arbitrismo. El conflicto en esta materia, existe entre los principios que informan los varios sistemas legislativos, reconociéndolo así todos los jurisconsultos contemporáneos. En efecto, ocurre que, en virtud de la autonomía de las soberanías, éstas establecen como base del sistema fiscal del propio país, los principios que reputa más convenientes, sin preocuparse de las consecuencias más ó menos onerosas que se deriven en las relaciones internacionales, con verdadero perjuicio de los contribuyentes, que se encuentran sometidos á varias contribuciones. Por esto se mantiene tan anormal estado de cosas, es decir, que la transmisión de las riquezas, que es la consecuencia de la sucesión, queda como tal, gravada, al mismo tiempo, por las leyes fiscales de dos ó más Estados.

1.697. Todos se hallan de acuerdo en admitir que es necesario obviar tan graves inconvenientes, pero todos también deben estar conformes en reconocer que para ello es indispensable, pues no puede solucionarse de otra manera el asunto, eliminar el conflicto de los principios que sirven de base á los sistemas fiscales de los distintos países, poniendo en armonía los intereses fiscales territoriales, con los intereses de los contribuyentes, ya sean nacionales ó extranjeros, y estableciendo de acuerdo las reglas fundamentales del Derecho financiero en las relaciones internacionales.

Los jurisconsultos han discutido acerca de dichos principios, y el Instituto de Derecho Internacional nombró una Comisión (1) para estudiar los remedios más oportunos á fin de

(1) La Comisión nombrada para estudiar la cuestión «De los impuestos dobles en las relaciones internacionales, sobre todo en la transmisión de bienes por fallecimiento», estuvo compuesta por los señores Bar, Boiceau, Brussa, De Bustamante, Engelhard, Feraud-Giraud, Harburger, Holland, Lainé, Leher, Lyon-Caen, De Montluc,

evitar los inconvenientes que existen en el actual estado de cosas, ya que á la apertura de la sucesión, los llamados á recogerla están obligados á pagar el impuesto de transmisión en varios Estados por la diversa categoría de los bienes que constituyen el patrimonio del *de cujus,* porque cada Estado somete á los sucesores á sus propias leyes fiscales, sin preocuparse de si los bienes que constituyen la herencia están sujetos al impuesto de sucesión en otro Estado. A pesar de que todos se encontraban de acuerdo en reconocer que los inconvenientes que existían y existen en la actualidad, son verdaderamente gravosos, y que es necesario buscar los medios de evitarlos, no se pusieron de acuerdo al establecer los principios que deben servir de base á la deseada reforma (1).

La cuestión, teniendo en cuenta su objeto y naturaleza, es por sí misma difícil y compleja. Se debe procurar establecer un derecho uniforme, salvando por una parte los principios de justicia sobre los cuales debe basarse todo sistema y toda forma de imposición, y sin que por otra parte se menoscaben las razones de interés público que informan en cada Estado el reparto de los tributos, y la medida de los mismos, en proporción al servicio que presta el soberano del Estado que protege la transmisión de los bienes, cuando, á consecuencia de la muerte del propietario, pasan á los que están llamados á recogerlos.

Las razones que pueden justificar el impuesto sobre la sucesión y su aplicación á los bienes de naturaleza diversa que constituyen el patrimonio hereditario, tienen estrecha relación con el concepto fundamental de este impuesto sobre la sucesión, tal como está entendido en el sistema de tributos establecido en cada país para las necesidades de la Hacienda. Ahora resulta fácil comprender por qué, teniendo en cuenta los principios fun-

---

D'Olivecrona, Lord Reay, Roguin, Rolin, Ed. Weiss y Westlake, y la relación, en nombre de la Comisión, la presentó Barclay, en la sesión de Copenhague, publicada en el *Annuaire de l'Institut,* 1897, pág. 118 y siguientes.

(1) Véase la relación y el proyecto de conclusiones preliminares presentado por el Secretario general en la sesión de Neuchâtel, y la nota de Bar, en el *Annuaire de l'Institut,* 1890.

damentales en materia de impuestos y las condiciones diversas en que se desenvuelve la vida financiera de cada Estado, es tan difícil establecer un principio superior que armonice todos los intereses que se encuentran en juego. Esto explica la diversidad de las opiniones sostenidas por los jurisconsultos (1).

1.698. No nos es dado exponerlas y discutirlas á fondo, porque tal examen nos conduciría fuera del campo de nuestro estudio. Hemos advertido ya que frente á las leyes positivas no existe verdadero y propio conflicto, porque á cada Estado compete el derecho de atribuir autoridad imperativa á su propia ley, y el Juez de tal Estado está obligado á aplicarla, sea buena ó mala, por lo que todo el deber de este funcionario se reduce á interpretarla y resolver las dudas que puedan nacer en su aplicación, como sucede con todas las leyes que despliegan su autoridad en el interior de cada Estado. La verdadera cuestión estriba en discutir cómo deberían modificarse las leyes positivas existentes, y claro es que no podemos ocuparnos de ello sin encontrarnos fuera de la esfera de acción de esta obra. Debemos, pues, limitarnos á añadir nuestro modesto voto para que los Estados se pongan de acuerdo al regular el tributo por la sucesión, y eviten que en la transmisión por fallecimiento, el sucesor sufra la pluralidad de impuestos en las relaciones internacionales.

Es esta una materia que debería regularse por medio de tratados, en cuya virtud los Estados pudieran establecer las oportunas medidas para salvar los derechos de cada uno de ellos, sin angustiar al contribuyente con múltiples é injustificables imposiciones (2).

---

(1) Véase Garelli, *L'imposta successoria*, Turín, 1898, y el *Diritto internazionale tributario*, Parte general, Turín, 1899.

(2) Una de las proposiciones hechas, consiste en que cada Estado, al recaudar el impuesto según su ley territorial, tenga en cuenta el que se ha pagado ya en el extranjero por el mismo título. Este sistema se ha adoptado en Würtemberg, donde, según la Ley de 31 de Marzo de 1881, para la sucesión abierta en el reino, es obligatorio el pago del impuesto, hasta para los muebles existentes en el extranjero, pero hecha deducción de los derechos pagados en el país donde se encuentran. Para las sucesiones que se abran en el

Una cosa debe considerarse como cierta y fuera de toda duda, esto es, que va contra la equidad, el que un Estado sujete á impuesto los bienes pertenecientes ó adjudicados por sucesión á los extranjeros existentes en el propio territorio, y los pertenecientes ó adjudicados por sucesión también á los ciudadanos y residentes en el extranjero, sin preocuparse de si dichos bienes han sido sometidos á tributo por parte del soberano extranjero.

---

extranjero, el pago del tributo es obligatorio respecto á los bienes existentes en el reino, sólo cuando dichos bienes se adjudiquen á un wurtembergués residente en el reino, y también puede pedir la deducción de lo que haya pagado en el extranjero.

Stoerk, fundándose en el concepto de que la sucesión tomada en su conjunto es una universalidad jurídica, proponía que fuera único el impuesto sobre la sucesión, y que el derecho de imponer debía corresponder al Estado donde se abriese, gravando todos los bienes donde quiera que se hallasen situados.

Bar sostuvo el mismo concepto, pero limitándolo al patrimonio mobiliario del difunio.

Otros, por el contrario, quisieron que se estableciera, en principio, que tanto para los inmuebles, como para los muebles hereditarios, el derecho de imposición correspondiese al soberano del Estado donde se hallasen situados, y se establecieron diversos criterios para determinar dónde debían considerarse localizados los bienes muebles bajo el punto de vista de los derechos del Fisco.

. Véase para el desarrollo de estas opiniones la relación ya citada en el *Annuaire de l'Institut*, 1897, pág. 118 y siguientes.

El relator Barclay, proponía para determinar la situación de los muebles, las siguientes distinciones:

1.ª Los bienes corporales, á excepción solamente de las naves, valores al portador, billetes de Banco y numerario, se considerarían situados en el país donde se hallasen en el momento de la muerte del propietario.

2.ª Las acciones y obligaciones de sociedades, en el país donde dichas sociedades estuviesen legalmente constituídas.

3.ª Las rentas y obligaciones del Estado y de Institutos públicos, en el país de que éstos dependan.

4.ª Los créditos, en los países en que hubiera de efectuarse el pago.

5.ª Las naves, en el país en que estuviesen registradas.

CAPÍTULO XVII

De la donación.

1.699. Concepto de la donación.—**1.700.** Son diversas las leyes que regulan los requisitos materiales y formales, el objeto y los efectos.—**1.701.** Cómo debe determinarse la naturaleza del estatuto y su autoridad.—**1.702.** No se pueden aplicar los mismos principios que á los contratos.—**1.703.** Relaciones de la donación con el Derecho de familia y con el de sucesión.—**1.704.** Conflicto entre la ley personal y la territorial respecto á la donación *mortis causa*.—**1.705.** De la capacidad de donar.—**1.706.** ¿Cuál es la autoridad de la *lex rei sitae*?—**1.707.** Capacidad del donatario.—**1.708.** Donación entre los cónyuges; conflictos; solución.—**1.709.** Las convenciones entre los cónyuges no están en el campo de su autonomía.—**1.710.** Cónyuges naturalizados después de haberse hecho una donación.—**1.711.** Cuándo se considera perfeccionada la donación.—**1.712.** Limitaciones especiales de la capacidad.—**1.713.** De la irrevocabilidad. Del pacto de reversión.—**1.714.** De las condiciones.—**1.715.** Del vínculo de inalienabilidad.—**1.716.** De los bienes que pueden ser objeto de la donación. Derecho comparado. **1.717.** Ley reguladora del objeto de la donación.—**1.718.** Bienes presentes y futuros. Observaciones sobre la teoría de Laurent; autoridad de la *lex rei sitae*.—**1.719.** Donación de cosas muebles.—**1.720.** Forma de la colación. La declaración formal de la voluntad no se somete al estatuto de las formas.—**1.721.** Se combate la teoría de los jurisconsultos contrarios.—**1.722.** Cuándo puede tener autoridad la *lex loci actus*.—**1.723.** Donaciones manuales.—**1.724.** Efectos de la donación. **1.725.** Principios aplicables para proteger los derechos de los terceros. **1.726.** Revocación de la donación.—**1.727.** Resolución de la donación en el caso de que sobrevenga un hijo; conflicto entre el Código francés y el italiano.—**1.728.** ¿Qué carácter debe atribuirse á la disposición que regule este asunto?—**1.729.** Autoridad de la ley que protege los derechos de los terceros.—**1.730.** ¿*Quid juris* en el caso de la reversión de la donación?—**1.731.** ¿*Quid* en el caso de la revocación?—

1.782. *¿Quid* en el caso de reducción?—**1.783.** Ejecución voluntaria de una donación anulable.

1.699. El legislador italiano define la donación «un acto de espontánea liberalidad, mediante el cual el donante se despoja actual é irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta» (artículo 1.050).

Tal definición está conforme con la dada por el legislador francés en el artículo 894, en el cual no se encuentra la expresión «de espontánea liberalidad»; pero sí se halla en el artículo precedente, que considera la donación como un acto entre vivos á título gratuito.

En el proyecto del Código de Napoleón, la donación se definía como *un contrato*; pero después, teniendo en cuenta las discusiones habidas en el Consejo de Estado, la palabra *contrato*, no se mantuvo, porque el primer Cónsul observó, que esta denominación de *contrato* no podía convenir á la donación, supuesto que el contrato implica obligaciones recíprocas de dos contrayentes y esta reciprocidad de relaciones obligatorias no se encuentra en la donación; por lo que se estimó mejor definirla como un *acto*, para distinguirla de aquél.

El legislador austriaco, por el contrario, considerando, sin vacilar, que la donación es un contrato, la define así en el artículo 938: «El contrato por el cual se transfiere á otro una cosa gratuitamente, se llama donación». Así también se encuentra definida en el artículo 1.037 del Código prusiano. El concepto de que la donación es un contrato, se halla consagrado igualmente en el artículo 518 del Código del Imperio germánico.

No nos incumbe discutir á fondo, si se puede con razón negar, que la donación deba considerarse como contrato.

Observamos solamente que aun en el sistema del Código italiano y del francés, el haber llamado los legisladores *acto* á la donación, no cambia la esencia de la cosa, porque dichos Códigos consideran que la donación no existe más que en virtud del consentimiento recíproco del donante y del donatario, por lo que no se puede desconocer que ellos mismos vienen á admitir de este modo que el acto jurídico tiene la verdadera y propia

naturaleza de la relación contractual, y que debe, por consiguiente, considerarse como contrato, aun cuando no sea bilateral, sino unilateral (1). Por lo que terminamos diciendo, que la diferencia de la denominación, no constituye una diferencia sustancial acerca de la naturaleza del hecho jurídico.

1.100. La diversidad entre las leyes que regulan la donación, se encuentra, sin embargo, en las legislaciones de los diversos Estados, y depende, no ya del distinto modo de entender la naturaleza del acto, sino más bien de las estrechas relaciones que guarda con el Derecho de familia y con el de sucesión, y sufre la influencia del diferente modo de entender los vínculos de familia en relación con la facultad de disponer del patrimonio, como explicaremos enseguida.

Diferencias de mucha importancia en las disposiciones del Derecho positivo relativas á la donación, se encuentran antetodo sobre gran número de puntos que conciernen á la esencia de este hecho jurídico.

Según el Código francés, art. 893, se puede disponer de los propios bienes, á título gratuito, mediante la donación, que es un acto entre vivos, y por testamento, que es un acto por el cual se dispone de los bienes para después de la muerte. Es lo mismo, según el Código italiano (arts. 759 y 1.050), y según las demás legislaciones, que han seguido en esto al Código francês. Sin embargo, uno de los requisitos sustanciales de la donación, según dichas leyes, es que sea un despojo actual y no revocable al arbitrio del donante, principio derivado de la antigua regla consagrada por el Derecho consuetudinario: *donner et retenir ne vaut* (no es válido dar y retener). Queda, por consiguiente, excluída la *donatio mortis causa.*

Las legislaciones de otros países, admiten también la *dona-*

---

(1) Confróntense los arts. 1.057 y 1.061 del Código civil italiano y el 932 del Código civil francés.

Los civilistas modernos están casi de acuerdo en admitir la naturaleza contractual de la donación, incluso en el sistema del Código civil italiano y del Código francés.

Véase Ascoli, *Trattato delle donazioni*, cap. I, y los autores que en él se citan.

tio mortis causa. En efecto, esta forma de donación se admitió por el Derecho romano, y se aceptó después en los países sujetos al Derecho escrito. Se hacía eficaz y efectiva al tiempo de la muerte del donante, y podía ser revocada, por lo que se sometió á la doble condición de la no supervivencia del donante y de la perseverancia de su voluntad *usque ad mortem* de mantener el acto de liberalidad (1). La irrevocabilidad, pues, que es requisito sustancial del acto de liberalidad, según las leyes que tomaron por modelo al Código francés, no lo es para aquéllas que se derivan del Derecho romano. Conforme á éste, la irrevocabilidad de la *donatio mortis causa* se admitía solamente cuando así se hubiese estipulado expresamente, en cuyo caso no perdía su carácter, siempre que su eficacia se subordinara á la condición de la premoriencia del donante.

El Código austriaco, por ejemplo, admite en el artículo 956 la donación, que debe tener efecto á la muerte del donante; pero dispone, sin embargo, que equivale á un legado, cuando se hayan observado las formalidades prescritas para éste; y que puede tener el carácter verdadero y propio de la donación y del contrato, cuando se acepta por el donatario, y el donante ha renunciado expresamente á la facultad de revocarla y ha entregado á aquél el corespondiente documento escrito.

Esto establece, sin duda, una diferencia sustancial entre los principios fundamentales que se refieren á la donación según el Código francés é italiano, y el Código austriaco; porque conforme á los primeros, no se puede dar y retener, mientras en la forma de la donación establecida en el artículo 956 del Código austriaco, se puede dar y retener.

Otra diferencia de no menos relieve en el Derecho positivo relativa á la donación, se encuentra en lo que se refiere á la existencia jurídica del acto. En efecto, no están contestes las leyes de los diversos países al establecer los requisitos sustanciales requeridos de un modo absoluto, á fin de que la donación pueda tener su fuerza jurídica como tal. Dejando aparte las disposiciones de la legislación romana relativas á la perfección

(1) L. 16, Dig. *De mortis causa donat.*, XXXVI, 6.

le la donación (1), recordemos que en Francia, tanto en los países sujetos al Derecho escrito, cuanto en los que se hallaban subordinados al Derecho consuetudinario, la insinuación se consideró como indispensable para la perfección del hecho jurídico (2). La insinuación consistía en la transcripción del acto de donación en un registro especial que se llevaba en la Cancillería de las insinuaciones, creada por edicto de 1703. Las Ordenanzas establecieron un término para la insinuación, y su incumplimiento en el plazo fijado, no anulaba la donación entre donante y donatario; pero la hacía ineficaz respecto á los terceros y respecto á los herederos que hubieran adquirido derechos con posterioridad á la donación, pero antes de la insinuación. En algunos países sujetos al derecho consuetudinario, fué considerada como indispensable para la perfección de la donación, la tradición, de modo que aquélla no tenía fuerza jurídica como tal más que cuando el donante transmitía al donatario la propiedad y la posesión de la cosa donada; de aquí la regla *donner et retenir ne vaut* (3). La Ordenanza de 1731, estableció que todos los actos de donación debían hacerse ante Notario, bajo pena de nulidad (4).

El Código francés reproduce en el art. 931 la disposición de la Ordenanza de 1731; admite que la aceptación, indispensable para la perfección del acto, puede ejecutarse mediante acto separado; pero dispone en el art. 932, que también debe hacerse por documento notarial, y que se notificará al donante, sin lo que la donación no tendría efectos respecto al mismo. En lo que se refiere á la donación de las cosas muebles, el art. 948 reproduce la disposición del 15 de la mencionada Ordenanza, y

---

(1) Véase Ascoli, *Delle donazioni*, cap. V, § 25 y siguientes.

(2) Véanse *Costumbres de Orleans de 1510*, art. 17; *Ordenanzas de Villers Cotteretz de 1539*; *Ordenanza de Moulins de 1566 y la de 1731*. Ricard, *Traité des donations*, I, cap. IV, sec. III, núm. 1.078 y siguientes. Riom, 1783.

(3) Ricard, *Donations*, I, núm. 878 y siguientes.

(4) Ordenanza de 1731, art. 1.º: «Todos los actos que lleven consigo donación entre vivos se otorgarán ante Notario, quien se quedará con copia de los mismos bajo pena de nulidad».

requiere para la validez del acto, que se haga la descripción ó el justiprecio de las cosas muebles, firmada por el donante y por el donatario, y unida á la minuta original de la donación.

Las leyes de los demás países de Europa y de América, no sancionan las mismas reglas respecto al requisito formal para la perfección del hecho jurídico.

En Italia, el acto notarial se declaraba indispensable en el Código de las Dos Sicilias (art. 855), y en el de Parma (artículo 1.890). El Código vigente, por el contrario, establece en el artículo 1.056, que todos los actos de donación deben hacerse mediante documento público, y de lo contrario, son nulos (1). Así, también debe hacerse la aceptación cuando no se haga en el mismo acto, sino por separado; no obstante, en este último caso no causa efectos sino desde el día en que se notifica al donante el acto de aceptación (art. 1.057). Cuando la donación no se hace de este modo, es nula, y la nulidad puede ser alegada hasta por el donante, por sus herederos ó por sus causahabientes (art. 1.061) (2).

En los demás países, encontramos que el documento notarial ó público se requiere para la perfección del acto, por el Código neerlandés (art. 1.719), rumano (art. 813) y del Canadá (art. 1.776). Otros declaran indispensable dicho documento sólo para las donaciones que exceden de un determinado valor. Así ocurre en el Código de Guatemala (arts. 714-715), y en el de Méjico se requiere el acto solemne para la donación de más de 300 pesetas (art. 2.604). El de Portugal exige el acto auté-

---

(1) El patrio legislador adopta la expresión «acto público», y se diferencia en esto del Código francés, que dice «acto notarial». El acto público se halla definido en el art. 1.315. Deben, pues, considerarse competentes para autorizar los documentos sobre donaciones los Notarios, conforme á la Ley Notarial de 26 de Mayo de 1879, artículo 1.º, y los Cónsules, que, según la Ley Consular de 28 de Enero de 1856, son equiparados á los Notarios (art. 44).

(2) Estas disposiciones refuerzan el concepto de que no se puede negar en el sistema de nuestro Código civil, que la donación tiene la naturaleza y el carácter propio de la relación contractual, á pesar de que nuestro legislador la llama «acto».

tico para la donación de inmuebles de más de 50.000 reis de valor (arts. 1.458-1.459).

Según las leyes de ciertos países, el documento notarial ó público se requiere solamente para las donaciones de inmuebles. Así se establece en el Código del Uruguay (art. 1.580), en el de Colombia (art. 1.457), en el de la Argentina (art. 1.041) y en el de Chile (art. 1.400). El Código español admite también que la donación de los muebles puede hacerse verbalmente y por documento privado, cuando al mismo tiempo se verifique la tradición (art. 632). Para la donación de un inmueble, el legislador exige el documento público, y requiere también la autenticidad del documento para la aceptación, cuando se haga por documento separado (art. 633).

En los Códigos alemanes encontramos que la insinuación judicial se requería por el Código sajón, § 1.056, para las donaciones superiores á 1.000 talers ó para las que tenían por objeto prestaciones por tiempo indeterminado, superiores á 50 talers anuales. La insinuación consistía en insertarla en el protocolo delante de la autoridad judicial. El de Wurtemberg prescribe la insinuación judicial para toda donación, ya sea de muebles ya de inmuebles, superior á 200 florines. El vigente Código del Imperio germánico, establece lo mismo en el § 518. Para la validez de un contrato en que se promete una prestación á título de donación, es necesaria la documentación judicial ó notarial de a promesa. Lo mismo sucede con la promesa ó declaración de reconocimiento de deudas, y cuando esta promesa ó reconocimiento son de la especie indicada en los §§ 780 y 781, se deja á título de donación.

El defecto de forma se subsana efectuando la prestación prometida.

El Código germánico niega, pues, todo valor á la simple promesa de donación que no se haga en la indicada forma, pero establece que la ejecución pueda equivaler al documento escrito.

También el Código prusiano (I, 11, § 1.063) establece que l contrato judicial es indispensable para la eficacia de toda donación, y niega, por consiguiente, la acción cuando falta dicho contrato judicial (§§ 1.063 y 1.064); admite, no obstante,

que para las donaciones de cosas muebles, ó de cantidades en metálico, la simple tradición equivale al contrato escrito, y que para la donación de los inmuebles, puede bastar el documento privado seguido de la tradición; sin embargo, concede al donante el derecho de revocar la donación en el término de seis meses, de suerte que se perfecciona cuando la ejecución no se revoca durante el mencionado término.

Según el Código austriaco, el documento escrito se considera indispensable para la eficacia de la donación (artículo 943), y según la Ley de 25 de Julio de 1871, el documento debe otorgarse ante Notario, pero lo puede suplir la tradición de la cosa donada.

Resulta claro, después de la exposición hecha, que las reglas sancionadas por el Derecho positivo de los diversos países, presentan notables diferencias respecto á los requisitos formales indispensables para hacer la donación perfecta y eficaz.

Respecto á la revocabilidad de la donación, advertimos que según el Código italiano (art. 1.050) y el francés (art. 894), la donación es un negocio jurídico, que cuando llega á perfeccionarse, es por su naturaleza irrevocable; por lo que, conforme á dichos Códigos y á todos los demás que han seguido las huellas del de Napoleón, no es posible una donación revocable al arbitrio del donante. En efecto, es requisito esencial de la donación la expoliación actual. Según el Derecho otomano, por el contrario, la donación puede revocarse al arbitrio del donante hasta el momento de su muerte, y según el Código prusiano puede revocarse dentro del término fijado por la ley.

Respecto á los bienes que hayan de ser objeto de la donación, dejando aparte la cantidad de que se puede disponer eficazmente por donación, advertimos que según el Código francés (art. 943) y el italiano (art. 1.064), la donación no puede comprender más que los bienes presentes y se declara nula cuando tiene por objeto los futuros. Por el contrario, el Código austriaco, no excluye de la donación los bienes futuros. En efecto, el legislador establece en el artículo 944 que el propietario absoluto, observadas las prescripciones legales, puede donar todos sus bienes presentes, y que el pacto en virtud de

cual dona sus bienes futuros, es válido, en cuanto no exceda de la mitad de dichos bienes.

También en Francia, antes de que Luis XV regulase la materia de las donaciones con la Ordenanza de 1731, se consideró válida la donación de los bienes futuros en los países sujetos al derecho escrito, á condición, sin embargo, de que la *donatio omnium bonorum* se hiciese con la reserva de una cantidad determinada de bienes, que dejase al donante la posibilidad de testar decentemente, y así la consideró el Parlamento de Tolosa (1).

No podemos exponer todas las importantes diferencias que se encuentran en las legislaciones de los diversos países en aquellas de sus disposiciones que regulan las donaciones. Además de las expuestas, se encuentran aun muchas más de gran relieve, relativas á los efectos de la donación; á los casos en que la irrevocabilidad del acto jurídico cesa por disposición de la ley, y así sucesivamente. Por ejemplo, las disposiciones que ordenan la revocación de la donación, por sobrevenir hijos, no están conformes ni aun entre el Derecho francés y el italiano. Según el Código francés, que reproduce con ligeras modificaciones en los artículos 960 y 965 las disposiciones sancionadas en los artículos 39 y siguientes de la Ordenanza de Febrero de 1731, la revocación, en el mencionado caso, tiene lugar de pleno derecho, y anula todos los efectos de la donación, haciendo volver los bienes donados al patrimonio del donante, libres de toda carga ó hipoteca por parte del donatario. Por el contrario, según el Código italiano, el hecho de sobrevenir hijos no lleva consigo la revocación de pleno derecho, sino á voluntad del donante. En efecto, el patrio legislador, en el artículo 1.083, no hace más que conceder al donante la facultad de revocar la donación en el caso mencionado, por lo que como la revocación no se verifica *ope legis*, sino conforme á la voluntad del donante, subsiste, si el donante no declara en demanda judicial que quiere utilizar la facultad de revocarla. De lo que se sigue que los derechos ad-

(1) Confr. Ricard, *Traité des donations entre vifs*, I, pág. 257, número 1.013; Riom, 1783, édité par Bergier.

quiridos por los terceros, antes de la transcripción de la demanda de revocación, quedan á salvo (art. 1.088).

1.201. De todo lo que venimos diciendo se desprende que no están de acuerdo las reglas de Derecho positivo sancionadas en las legislaciones de los diferentes países en materia de donaciones, y merece la pena poner de manifiesto los conflictos que pueden nacer cuando concurren leyes de varios Estados á una donación, que, ó por la condición de las personas que intervienen, por la situación de las cosas de que es objeto, ó por el país donde se realizó el correspondiente contrato, se relacione con leyes diversas y no contestes.

¿Cuáles son los principios con arreglo á los que se ha de determinar la autoridad de la ley que debe regular el acto jurídico, su fuerza jurídica y los efectos que del mismo pueden derivarse?

Comenzamos por manifestar que nos parece inútil discutir en líneas generales, si la ley que concierne á la donación tiene el carácter de estatuto real ó personal. Admitiendo el espíritu que prevalece en la jurisprudencia francesa, de que toda disposición legislativa que se refiere á los inmuebles tiene el carácter de ley real, por la razón de que, conforme á la máxima sancionada por el art. 3.º del Código civil, los inmuebles existentes en territorio francés, aunque poseídos por extranjeros, están sujetos á la ley francesa, se debe naturalmente admitir que todas las disposiciones del Código civil francés que se refieren á la donación, deben aplicarse siempre que sea objeto de la misma un inmueble existente en territorio francés. De este modo se evita cualquier discusión en virtud del axioma de que toda ley que se refiere á los inmuebles, tiene el carácter de estatuto real, y de que toda forma de transmisión de inmuebles, no puede ser regulada más que por la *lex rei sitae*.

Este axioma, aplicado según la doctrina tradicional á la transmisión por actos entre vivos, así como hemos dicho que se aplica á las transmisiones por sucesión, atribuye naturalmente autoridad absoluta y exclusiva á la ley francesa, en cuanto regula la donación de los inmuebles existentes en Francia, aunque poseídos por extranjeros; no porque la ley de la donación

considerada en sí misma tenga el carácter de estatuto real, sino porque en virtud de la inexacta interpretación del art. 3.°, se tiene por estatuto real toda disposición que se refiere á los inmuebles. Y atendiéndose igualmente á la tradición, que atribuye el carácter de estatuto personal á toda disposición relativa á los muebles, también se llega á justificar la autoridad de la ley personal en cuanto regula la donación de las cosas muebles. De este modo se viene á admitir que la ley que reglamenta la donación, asume el carácter de estatuto real, en el caso de que rija la donación de los inmuebles, y de estatuto personal, en lo que se refiera á la de los muebles.

Nosotros hemos combatido siempre este modo de entender el art. 3.° del Código civil francés, fundándose en el axioma tradicional, y nos referimos á cuanto hemos dicho discurriendo acerca de la sucesión. También hemos sostenido y repetido muchas veces que la autoridad de la ley territorial ó personal, debe basarse en criterios muy diversos de los acogidos por la jurisprudencia francesa en virtud de la interpretación tradicional, y no podemos por menos de recordar lo que manifestamos en la Parte general, á propósito de la sucesión.

Examinando, pues, el acto jurídico y las relaciones que de él se derivan, y teniendo en cuenta la naturaleza esencial de las cosas, procuremos determinar cuál es la ley que debe desplegar su autoridad en esta materia.

1.302. Hemos dicho que el concepto de que la donación tiene por sí misma el carácter de relación contractual, es generalmente aceptado en el derecho moderno. Esto no obstante, no se puede sostener que los principios de Derecho internacional privado que se refieren á los contratos, puedan aplicarse para determinar la autoridad de la ley en materia de donaciones. Los contratos se hallan, en general, en el campo de la autonomía de las partes contratantes, salvo solamente las limitaciones sancionadas por la ley que circunscribe la esfera de la misma autonomía. Por lo que, con razón se sostiene que dentro de los límites en que esta se admite, la autoridad de la ley puede establecerse en virtud de la libre sumisión de las partes contratantes, y que la esencia y los efectos de las relaciones que se derivan de

la convención, deben, en su consecuencia, regularse por la ley bajo cuyo imperio las partes concluyeron el contrato.

Por el contrario, la donación no está en el campo de la autonomía. Se la puede llamar contrato, sólo porque el consentimiento recíproco del donante y del donatario es indispensable para dar existencia al acto jurídico; pero si por esto el acto asume el carácter de relación consensual, no puede por tal causa asimilarse á un contrato ordinario, que se halla en el campo de la autonomía de los contrayentes, y respecto al cual la autoridad de la ley reguladora puede depender de la libre sumisión de las partes mismas.

1.702. La facultad de disponer de los propios bienes á título gratuito, mediante actos *inter vivos* ó por testamento, tiene estrechos y necesarios vínculos con las relaciones de familia, y con la facultad perteneciente al padre de familia de disponer de su patrimonio, dejando á salvo los derechos de aquellos á quienes la ley reserva una parte determinada del mismo. Por lo cual la donación se encuentra, lógica y necesariamente, sometida á la ley que debe regular las disposiciones de los bienes á título gratuito, la cual desplegará su autoridad sobre todo acto de liberalidad que se ejecute por el padre de familia, ya lo verifique en virtud de testamento, ya *inter vivos*, es decir, por donación.

Es, pues, indispensable fijar como regla, que así como el testamento no puede considerarse de un modo absoluto dentro del campo de la autonomía, sino más bien ha de entenderse necesariamente sometido á la ley que debe regular la sucesión y la disponibilidad de los bienes pertenecientes al testador, así la donación también debe tenerse por sometida, en general, á la autoridad de la misma ley.

Podemos, pues, establecer como principio fundamental, que la esencia y los efectos de las donaciones, deben regularse por la misma ley que rige las sucesiones.

En efecto, la ley de cada país, en cuanto determina la legítima y la parte disponible, fija cuál es la suma de bienes de que cada uno puede disponer á título gratuito. Ahora bien, de igual suerte que al atribuir á los herederos legítimos los propios derechos respecto al patrimonio del padre de familia, limita la au-

nomía de éste, negándole la facultad de disponer de aquella porción de bienes que constituyen la legítima, ya lo haga por testamento, ya mediante un acto entre vivos, también debe admitirse la autoridad de esta ley para decidir cuándo la donación puede existir como acto de liberalidad, y en qué casos será eficaz y tendrá fuerza jurídica como tal.

La ley del lugar donde el acto de liberalidad adquiera existencia, ó la del país donde se encuentren los bienes objeto de aquél, no pueden, en principio, desplegar su autoridad, en razón á que la formación del contrato entre el donante y el donatario, ó la situación de las cosas, no son circunstancias decisivas para determinar la competencia legislativa, en cuanto á fijar los derechos que corresponden á las personas que constituyen la familia, y á regular sus relaciones con el padre ó jefe de ella. ¿Qué interés puede tener el legislador del país donde adquirió existencia el acto jurídico, ó el del lugar donde se encuentren los bienes, en regular las relaciones entre las personas de una familia extranjera? ¿Puede, quizás, atribuírsele la competencia para determinar y proteger los derechos de los herederos legítimos y para establecer las facultades del padre de familia? ¿Acaso se puede sostener con justo criterio que la ley que regula tal materia, considerada en sí misma, tiene el carácter de estatuto real? La jurisprudencia francesa se pronuncia en favor de tal carácter de dicha ley; pero no es necesario que volvamos á poner de manifiesto que, habiendo en cuenta la naturaleza y los motivos de la ley, ha de considerarse en oposición manifiesta con los más racionales principios, sostener su carácter real en una materia que, dependiendo necesaria y directamente de los vínculos personales, debe permanecer, por consiguiente, bajo el imperio de la ley personal.

El legislador italiano ha sido indudablemente el más racional admitiendo que, así como la sucesión legítima y testamentaria y la validez intrínseca de las disposiciones de última voluntad deben regularse por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, así también la esencia y los efectos de la donación deben igualmente regirse por las leyes nacionales de los disponentes. No empece que hayamos nosotros sostenido que

también en el sistema italiano la donación tiene carácter verdadero y propio de contrato; el legislador no podía por esto considerarla sometida en todo á las leyes que deben regular los contratos, supuesto que las donaciones son en realidad actos de naturaleza especial, en el sentido de que como el donante que dispone á título gratuito y sin compensación alguna, disminuye su patrimonio, y priva, por consiguiente, á sus herederos de los bienes que son objeto de su acto de liberalidad, bajo tal punto de vista las donaciones tocan directamente al derecho hereditario, y deben permanecer sometidas á la ley que ha de presidir el derecho mismo.

Afirmando, pues, en principio, que la ley misma que regula las sucesiones debe regir también la esencia y los efectos de la donación, veamos cómo esta ley debe desplegar su autoridad cuando se encuentre en concurrencia con la *lex rei sitae* ó con la *lex loci actus*, ó con la vigente en el país donde la donación ha de producir sus efectos entre partes y con relación á terceros.

1.704. Los requisitos intrínsecos de la donación, como acto entre vivos, deben determinarse en conformidad con la ley personal del disponente. Se aplicará, pues, dicha ley para determinar, ante todo, en lo que debe consistir la donación para que pueda tener su fuerza jurídica como tal.

Según el Código italiano, la donación es un contrato mediante el cual, el donante espontáneamente transfiere de un modo actual, gratuitamente, en forma de liberalidad y con carácter irrevocable, al donatario, que le acepta, un derecho patrimonial (1). La donación, pues, como acto jurídico, no puede existir, según nuestra ley, más que en virtud del mutuo consentimiento de los dos interesados. De lo que se desprende que no puede tener fuerza jurídica la promesa de donación no aceptada; y como el acto es por su naturaleza irrevocable, é implica la espoliación *actual* de la cosa donada, y su transmisión al donatario, así conforme á nuestra ley, no puede admitirse la *donatio causa mortis* (2), ni se considera eficaz la de los bienes

(1) Art. 1.050.
(2) Art. 1.050.

futuros (1), ni tampoco la que se hace bajo condición, cuya ejecución dependa sólo de la voluntad del donante (2).

Por el contrario, según las leyes de otros países, como ya hemos dicho, no está prohibido en absoluto hacer una donación que deba surtir sus efectos después de la muerte del donante (3). En tal estado de cosas, supongamos que un austriaco haga una donación á un italiano para que surta sus efectos después de la muerte del donante, y que el donatario la acepte; ¿deberá considerarse nula esta donación?

El motivo de la duda se funda en la consideración de que la ley que excluye la donación *causa mortis*, debe entenderse inspirada en motivos de orden público y moral, cuales son, principalmente, los de prevenir las sugestiones y los votos *captandae mortis*, y de favorecer la adquisición de los derechos, para cuyo goce es necesario calcular sobre la muerte. Se podría, por lo tanto, opinar que la autoridad de la ley extranjera, que permite las donaciones *causa mortis*, fuese desconocida, porque de otro modo se derogarían los principios de orden público que han obligado al legislador de nuestro país á excluir la donación *causa mortis*.

Por otra parte, también puede observarse, en sentido contrario, que las disposiciones que conciernen á la donación, en el sistema legislativo de cada país, deben entenderse fundadas en el concepto de la donación misma, según la *mens legislatoris*, y que aun reconociendo las razones de orden público que han impulsado al legislador italiano á excluir la donación *mortis causa*, admitida por el Derecho romano y por los países sujetos al derecho escrito, no se puede por ello deducir que el orden público territorial pueda quedar lesionado, si se reconoce en nuestro país la autoridad de la ley extranjera, que concede á las personas sometidas al imperio del legislador, el hacer válidamente una donación, que haya de surtir efectos después de la muerte del disponente. Cuando no se pueda sostener que están

(1) Art. 1.064.
(2) Art. 1.066.
(3) Véase el Código austriaco, art. 956.

en litigio los intereses de los terceros, no se debe desconocer la autoridad de la ley extranjera, que regula la institución de la donación con criterios diversos de los que prevalecen en la legislación italiana. La donación, que debe surtir sus efectos después de la muerte del donante, aunque se haga en forma irrevocable y se acepte por el donatario, está, en esencia, subordinada á la condición resolutoria de que el donante muera antes que el donatario, y no debe sostenerse que se pueda considerar contra el orden público territorial el reconocer, en las relaciones exclusivas entre donante y donatario, eficaz tal donación hecha en conformidad con la ley personal del disponente. Para el caso de que se discutan los intereses de los terceros, véase á continuación el § 1.718.

En virtud de tales principios, nosotros sostenemos que la donación de que hablamos, debe considerarse válida y eficaz solamente entre las partes.

1.705. La capacidad de disponer á título gratuito por donación, debe determinarse de conformidad con la ley personal del disponente, acerca de lo cual no puede existir duda alguna. Se trata de un acto exclusivamente personal, y no puede, en realidad, desconocerse la autoridad del estatuto personal, en cuanto regula la capacidad de las personas que pueden válidamente realizar tal acto. La donación implica, no obstante, una relación contractual, en el sentido de que para perfeccionarse necesita el consentimiento del donante y del donatario. Ahora bien, no puede sostenerse que hasta la capacidad de adquirir por donación, deba regularse por la misma ley que rija la capacidad del disponente, como hemos dicho anteriormente, al tratar de las sucesiones (1). La relación consensual entre el donante y el donatario depende de la voluntad del uno y del otro, y como tal, se halla dentro del campo de la autonomía de cada uno de ellos, siendo evidente, que así como el acto de voluntad es eminentemente personal, también la capacidad jurídica para consentir eficazmente debe sujetarse, respecto de uno y otro, á su propia ley personal. Por consiguiente, claro está que teniendo

(1) Véanse los núms. 1.419 y 1.420.

en cuenta la necesidad, para perfeccionar el documento jurídico, del consentimiento recíproco de los partícipes, se debe decidir, según la ley personal de cada uno de ellos, acerca de la capacidad jurídica indispensable para prestar eficazmente el consentimiento de dar ó adquirir por donación.

Esta capacidad no está subordinada á las mismas leyes y principios que rigen la capacidad general de enajenar y adquirir. Como ya hemos dicho, la facultad de disponer de los propios bienes á título gratuito, está estrecha y necesariamente unida al derecho hereditario, y por tanto, es necesario tener presentes las normas especiales establecidas por el competente legislador, para decidir á qué individuo puede considerársele capaz de dar y adquirir por donación. Cada legislador, en consideración á la naturaleza particular del hecho jurídico de que nos ocupamos, sanciona ante todo ciertas limitaciones á la capacidad general de enajenar, y alguna vez amplía la capacidad de adquirir. Sucede, sin embargo, que la ley, reconociendo también respecto á ciertas personas la capacidad general de dar y adquirir por donación, la limita, no obstante, en consideración á las relaciones que median entre el donante y el donatario, y les prohibe dar existencia al acto jurídico en todo ó en parte; como sucede en el caso de las donaciones entre cónyuges, respecto á los cuales, la prohibición de la ley, constituye una especie de incapacidad relativa. Resulta, pues, evidente que se necesita tener en cuenta tales reglas especiales relativas á la capacidad de dar existencia á la donación, para decidir cuándo pueden ó no las partes considerarse capaces.

En general, así como la donación está unida al derecho hereditario, la capacidad de donar se subordina á la de testar; pero teniendo en cuenta que la ley misma por que ha de determinarse la capacidad de testar, debe desplegar también su propia autoridad cuando se trate de determinar la capacidad de donar, conviene, naturalmente, no olvidar las normas especiales sancionadas por la ley expresada, cuando establezca reglas especiales respecto á la capacidad de donar, con las cuales se modifiquen las sancionadas respecto á la de testar.

El legislador italiano, por ejemplo, declara incapacitados

para donar á los que lo están para testar (art. 1.052), pero no atribuye la capacidad de donar á los que están en condiciones de testar.

En efecto, niega la capacidad de donar al menor, que está autorizado para hacer testamento desde los dieciocho años (1): la niega al inhabilitado, y á la mujer casada, que puede hacer testamento (2) pero no donar sin autorización del marido (3). Respecto al incapacitado, cuando no se ha decretado su interdicción para establecer su incapacidad de testar, bastará la prueba de la enfermedad mental en el momento en que hizo el testamento; por el contrario, para la donación, cuando la incapacidad no se haya promovido antes de la muerte del donante para impugnar el acto de la donación por falta de capacidad, es necesario que la prueba de la enfermedad resulte del acto mismo (4).

Es, pues, preciso considerar en principio, que se debe aplicar la ley personal del donante para establecer si, con arreglo á ella, se le considerará capaz de contratar, y si tiene además la capacidad especial para hacer eficazmente un acto de donación.

1.306. Este principio debería aplicarse hasta en el caso de que hubiera sido objeto de donación un inmueble existente en país extranjero; supongámoslo radicante en territorio francés. En efecto, aun cuando conforme al artículo 3.° del Código civil francés los inmuebles, incluso los pertenecientes á extranjeros, deben someterse á la ley francesa, no es posible sostener que en virtud de la máxima sancionada en tal artículo, se haya de aplicar éste á fin de decidir acerca de la capacidad del extranjero para disponer de sus bienes mediante acto entre vivos. Más bien debe considerarse que cuando la validez del acto sea contradicha por razón de la incapacidad personal de su autor, será necesario referirse, para decidir acerca de la ca-

(1) Art. 763; confr. con el art. 1.052.
(2) Arts. 762 y 763.
(3) Art. 134.
(4) Art. 337.

pacidad, á la ley personal del extranjero que realiza el acto de liberalidad.

La circunstancia de que el donante, mediante el acto entre vivos, haya dispuesto de un inmueble situado en territorio francés, no puede tener una importancia decisiva para atribuir validez al acto por él ejecutado, cuando no tenía capacidad bastante según su ley personal para realizarlo válidamente.

Suponiendo, pues, que conforme á la ley personal reguladora de las relaciones de familia, el padre no pueda donar á su hijo, ni aun con motivo del matrimonio, más que una determinada parte de los bienes, ó que no pueda hacer la donación dispensando al donatario de la obligación de la colación, y que la donación de un extranjero se impugne por razón de nulidad, de acuerdo con el estatuto personal del disponente, no sería procedente fundarse en el artículo 3.° del Código civil francés, para sostener la validez, conforme á la ley francesa, de la donación, que debe considerarse nula por defecto de capacidad, según la ley personal del disponente. En realidad, sería un error manifiesto querer referirse en tal caso á la regla sancionada en el artículo 3.°, que no puede servir para atribuir á un extranjero una capacidad que no le corresponde, según su misma ley personal (1).

En conformidad con la misma ley, debe decidirse la controversia de si las personas jurídicas pueden ó no considerarse capaces de donar.

1.707. La capacidad de adquirir por donación, debe regularse, como ya hemos dicho, por la ley personal del individuo beneficiado. De lo que se deduce, que aun cuando en virtud de la donación, que, como hemos dicho, ha de sujetarse á la ley extranjera respecto al donante, se quiera beneficiar á una persona ó á una Corporación moral sujeta á la ley del Estado, se debe decidir, conforme á la misma ley, si el beneficiado puede ó no

(1) Tales principios fueron aplicados por la Corte de Casación de París á propósito de la validez de una donación hecha por el Conde García de la Palmera, español fallecido, á la Condesa Antonelli, su hija (sentencia de 12 de Marzo de 1881, *Journal du Dr. int. privé*, 1881, página 355).

reputarse capaz de adquirir por donación. Aplicando tal principio, se puede sostener que, aun cuando la ley personal del donante no prevea el caso de donación á favor de una persona que aun no haya nacido, dado que la donación se haga al hijo por nacer de un italiano determinado y viviente, ésta debe tenerse por eficaz, siempre que esté perfeccionada conforme á la ley del donante, en razón á que según el Código civil italiano, el hijo futuro de una persona determinada, mientras ésta viva, está considerado capaz de adquirir por donación (1).

Lo mismo debemos decir de las donaciones hechas por extranjeros á corporaciones morales existentes en el Estado, respecto á las cuales la capacidad de adquirir por donación debe establecerse conforme á la ley de aquel en que tales organismos se hallen instituídos, y reproducimos aquí lo que sostuvimos anteriormente, á propósito de la capacidad de las corporaciones morales para adquirir por testamento (2).

1.208. Pasemos ahora á examinar si los principios expuestos deben aplicarse sin reserva para decidir sobre el valor jurídico de las donaciones entre cónyuges.

Las disposiciones del Derecho positivo no están ciertamente contestes.

Según el Derecho romano anterior á los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, las donaciones entre los cónyuges estaban prohibidas. En el año 206, á propuesta de los citados emperadores, se publicó un senado consulto, en que se establecía que dichas donaciones debían considerarse válidas si el cónyuge donante moría perseverando en su voluntad de hacer la liberalidad (3).

No todas las legislaciones modernas han mantenido la prohi-

---

(1) *Argumentos del art. 1.059*, párrafo 4.º

(2) Véase el capítulo VIII, pág. 1.ª La ley italiana declara nula la donación que tenga por objeto instituir ó dotar beneficios simples, capellanías laicas, ú otras fundaciones semejantes (artículo 1.075, Cód. civ.) Es natural, pues, que se tenga por nula la donación hecha por un extranjero con tal propósito. Para la aplicación del mencionado artículo, véase Ascoli, *Delle donazioni*, cap. VII, párrafo 35.

(3) L. 32, § 2.º, Dig. *De donat. inter virum et uxorem*, cap. XXIV, § 1.

bición. En Francia, durante el período de la revolución, las donaciones entre cónyuges se admitieron con la ley del 17 de Nivoso, año II. En Austria, dichas donaciones se consideran lícitas y sometidas á las leyes generales de las donaciones ordinarias (1).

En Germania muchas legislaciones suprimieron también la prohibición (2). El nuevo Código para el Imperio germánico no ha sancionado la prohibición de un modo expreso, y por lo tanto, las donaciones entre los cónyuges no se pueden considerar eliminadas. El Código francés modificó la legislación vigente en la época de la revolución, y sancionó en el artículo 1.096 un principio casi conforme con el del Derecho romano después de los dos mencionados emperadores, disponiendo que las donaciones hechas entre cónyuges durante su matrimonio, son siempre revocables, y que la mujer puede revocar la donación hecha á su marido sin necesidad de autorización del mismo ni del Tribunal. En virtud de considerar el legislador francés válida la donación, salvo solamente el derecho del donante, de revocarla, mantiene como eficaz la donación, hasta en el caso de que fallezca antes el donatario, siempre que el donante no se haya valido de su derecho de revocarla. Con todo, la regla de la ley francesa no está absolutamente de acuerdo con la del Derecho romano, que consideraba válida la donación no convalidada, si el donante moría sin revocarla.

De opuesto modo, el Código italiano, siguiendo en esto al Albertino (art. 1.186), sanciona decididamente la prohibición en el artículo 1.054, diciendo en forma absoluta y prohibitiva, «que los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, hacerse el uno al otro liberalidad alguna, á no ser mediante actos de última voluntad, en la forma y según las reglas establecidas para los mismos».

Conviene advertir que tal prohibición no establece en verdad una incapacidad relativa, sino que más bien se refiere al contenido del acto jurídico; y, teniendo en cuenta las razones que la

---

(1) Código civil austriaco, art. 1.246.

(2) Confr. el *Diritto generale, territoriale prussiano*, II, 1, § 310-313.

motivaron, debe considerarse inspirada en principos de orden público y moral. En los trabajos preparatorios de nuestro Código civil se dijo, en efecto, que las liberalidades entre los cónyuges mediante actos *inter vivos*, debían desterrarse, porque podían ser resultado de seducciones que quitasen al acto el carácter de espontaneidad y de libertad (1).

En tal estado de cosas, ¿cómo debe determinarse la autoridad de la ley que concierne al valor jurídico de las donaciones de que tratamos?

Considerando los motivos en que se funda la sanción de la prohibición, ¿debe atribuírsele á la ley el carácter que tiene todo estatuto real?

Tal duda puede nacer en virtud de los principios generales que corresponden al estatuto real, y en el sistema de nuestra legislación, la duda se aumenta con mayor motivo, por la disposición sancionada en el artículo 12 del título preliminar, que dice que no puede atribuirse autoridad á las leyes extranjeras en cuanto deroguen las *prohibitivas* del reino que se refieren á las personas ó á los actos, ó que atienden de cualquier manera al orden público.

Nosotros hemos expuesto anteriormente cómo se debe interpretar, á nuestro modo de ver, la regla limitativa sancionada en el artículo 12 del título preliminar de nuestro Código civil (2), y que la controversia de la autoridad territorial de la ley, debe resolverse según los principios más justos del Derecho internacional privado. Recordando ahora lo que dijimos, sostenemos que no se puede atribuir autoridad de estatuto real á la máxima sancionada en el artículo 1.054 de nuestro Código civil, aun cuando esté expresada en forma prohibitiva, y lo mismo decimos de las disposiciones de las otras leyes que se refieren á la donación entre los cónyuges, ya se expresen en forma prohibitiva, ó en forma facultativa, como lo hace el artículo 1.0[illegible] del Código francés.

A nuestro modo de ver, la eficacia ó ineficacia de las dona

(1) Véase la *Relazione* del Ministro Pisanelli, núm. 132.
(2) Véase § 1.331 á 1.336.

ciones entre los cónyuges, debe determinarse ateniéndose á la ley que ha de regular las relaciones de familia. La licitud ó ilicitud de la donación durante el matrimonio, depende, en efecto, de los criterios aceptados por el legislador para mantener á salvo en la sociedad conyugal el orden, el respeto recíproco y el sentimiento de la dignidad. Puede muy bien ocurrir, que en un país, como sucede en el nuestro, el legislador haya creído ver un aliciente á la seducción y una especie de eventual conflicto de intereses entre los cónyuges, favoreciendo los actos de liberalidad entre los mismos, durante el matrimonio; y nos atrevemos á afirmar que para mantener incólumes las costumbres, el nivel de la cultura de la mujer, el desenvolvimiento actual del sentimiento de la dignidad, y otras circunstancias, es un sistema muy sabio el de la prohibición de las donaciones entre los cónyuges, con la sana intención de mantener de este modo bien ordenada á la sociedad italiana. Sin embargo, esto no quita que los legisladores de los demás países, teniendo también en cuenta los mismos criterios y las diversas circunstancias históricas y morales, no hayan podido menos de estimar que se debían permitir más bien que vedar los actos de liberalidad entre los cónyuges, considerando que de esta manera no se incurría en el peligro de inducir á explotar, mediante la seducción, los más nobles afectos.

Mirando á fondo las cosas, no se puede, en realidad, negar, que las disposiciones sancionadas por el legislador de este ó del otro país, se han inspirado en altas razones de interés moral; pero, no obstante esto, se puede, en buen derecho, negar que las disposiciones dictadas para mantener rectamente ordenada la sociedad conyugal nacional, deban desplegar su autoridad con relación á las familias extranjeras. ¿Qué interés tiene el soberano italiano en sostener con firmeza la prohibición sancionada en el artículo 1.054, respecto á dos cónyuges austriacos? ¿Qué le importa que la prohibición se encuentre sancionada en dicho artículo de un modo absoluto y prohibitivo? Absoluta y prohibitiva se considerará la limitación respecto á los cónyuges italianos, pero no debe admitirse que despliegue su autoridad respecto á la familia extranjera, ni que considere nula la donación que

esta haga durante el matrimonio, en conformidad con su ley na-cional reguladora de las relaciones de familia.

La circunstancia de que los bienes que hayan sido objeto de la donación estén situados en territorio italiano, no modificaría realmente la aplicación de los principios expuestos. ¿Se puede acaso entender que la situación de las cosas que son sujeto de los derechos derivados de la ley reguladora de las relaciones de familia, modifique la autoridad de la ley y transforme en estatuto real el que por su naturaleza es personal?

Toda disposición que regula la libertad de disponer, como derecho correspondiente á la persona, es por su naturaleza personal, y sería un contrasentido declararla real por el solo motivo de que la persona, ejercitante del propio derecho personal hubiera dispuesto de lo que le pertenece y existe en territorio extranjero. Sería un contrasentido, porque, de este modo, el derecho personal variaría según que se encontrasen en este ó en otro país los bienes objeto del ejercicio del mismo derecho.

1.709. Se puede con razón sostener, en general, que las estipulaciones entre los cónyuges, no están en el campo de la autonomía de los mismos, supuesto que ésta se sujeta á las limitaciones sancionadas por la ley reguladora de las relaciones de familia. Por consiguiente, debe admitirse que en cualquier país en que dos cónyuges italianos se hubieran hecho el uno al otro una liberalidad mediante acto *inter vivos,* aun dado que cuando lo ejecutaran declarasen expresamente que se referían á la ley extranjera bajo cuyo imperio se hizo la donación, esto no obstante, no podrían pretender que este acto jurídico, así perfeccionado, fuera eficaz en Italia, cuando acerca de su valor jurídico estuvieran llamados á decidir nuestros Tribunales. No podrían, porque, como ya hemos dicho, la donación no es equiparable á un contrato ordinario, para que se la considere dentro del campo de la autonomía, y se admita su eficacia conforme á la ley bajo cuyo imperio dichos cónyuges concluyeron el contrato. La donación, estrechamente unida á las relaciones de familia, debe considerarse sometida siempre á la ley reguladora de las mismas relaciones, y en vano dos cónyuges italianos pretenderían querer atribuir autoridad á la ley extranjera, á fin

determinar, conforme á la misma, el valor jurídico de la donación hecha por uno en provecho del otro. En efecto, á ello se opondría el principio general de que todo lo que depende del estatuto personal acompaña siempre á las personas sujetas á la autoridad del legislador, y principalmente la máxima sancionada por el legislador patrio en el artículo 12, que prohibe expresamente á los ciudadanos italianos referirse á leyes extranjeras para derogar las prohibitivas del reino que conciernen á las personas.

En virtud de los principios expuestos, creemos también que no se puede sostener que el artículo 1.096 del Código civil francés se aplique para admitir la revocabilidad de la donación hecha por dos cónyuges austriacos, y que sea válida y eficaz según la ley de su patria, en la hipótesis de que tal donación hubiese tenido por objeto inmuebles situados en territorio francés.

Cierto es que fundándose en el inexacto principio tradicional, se podría sostener que la disposición del reseñado artículo asume el carácter de estatuto real, cuando se refiere á bienes inmuebles situados en territorio francés; pero esta es siempre la consecuencia de un falso concepto, puesto que el estatuto, como hemos demostrado, es personal, y la situación de la cosa no puede transformarlo de personal en real. Es necesario, pues, observar que el artículo 1.096, concierne á las donaciones hechas por cónyuges franceses durante su matrimonio, y que teniendo, como tiene, el carácter de estatuto personal, no puede encontrar aplicación en el caso de donaciones hechas entre cónyuges extranjeros.

Se aducirá que el legislador francés, cuando para prevenir el inconveniente de que la donación entre cónyuges no sea la expresión de la libre y espontánea voluntad del donante ha establecido que pueda revocarse, ha querido, por razones de orden moral, proteger la libertad del donante en ese sentido, y que la aplicación del mencionado artículo á las donaciones extranjeras debe sostenerse, fundándose en el concepto de que las disposiciones que velan por la libertad, tienen autoridad territorial como las leyes de policía. Pero observemos que se puede decir con razón que el art. 1.096 tiene el carácter de ley de policía en lo que

se refiere á las donaciones hechas durante el matrimonio y los cónyuges franceses. Respecto á éstos solamente, la disposición asume el carácter de ley de policía, porque tiende á mantener el orden de la sociedad conyugal francesa; por lo cual el indicado artículo se refiere á las donaciones de cónyuges franceses, en cualquier lugar en que se ejecuten, durante su matrimonio, pero no contempla las donaciones entre cónyuges extranjeros, siempre por la razón de que el estatuto es personal.

En la *Revista de Derecho internacional privado*, de Clunet se propuso la cuestión de si un italiano que se había desposado á una fráncesa en Francia, y que la hizo una donación ante notario, podía invocar la disposición del art. 1.096. La negativa resulta clara y evidente después de los principios expuestos. La mujer francesa, unida en matrimonio á un italiano, adquiere la ciudadanía de éste y queda sometida al Código civil italiano, que viene á ser el estatuto personal de ambos cónyuges, y que debe ser natúralmente aplicado para decidir el valor jurídico de la donación, cualquiera que sea el país donde se haya hecho y la naturaleza de los bienes, aun cuando la ley territorial sancione una regla distinta de la del art. 1.054 del Código civil italiano.

1.710. ¿Qué debería decirse en la hipótesis de que dos cónyuges, ciudadanos de un país que les conceda el derecho de ejecutar actos de liberalidad mediante donación, en favor el uno del otro, durante el matrimonio, hubieran perfeccionado una donación, válida según su ley personal, y posteriormente hubiesen adquirido la ciudadanía italiana? ¿Perdería su fuerza jurídica tal donación, en virtud de la disposición sancionada por nuestro legislador en el art. 1.054?

No, por cierto, según nuestro modo de ver, puesto que la donación perfeccionada y válida, según la legislación de su antigua patria, habría engendrado un derecho adquirido por el donatario, dado que la donación fuese irrevocable, y tal derecho no sería anulado por la ley de su patria de elección, porque ésta no podría extender su propia autoridad respecto á los actos realizados y á los hechos jurídicos perfeccionados con anterioridad á la adquisición de la ciudadanía italiana. La ley del país donde los cónyuges se naturalizan, asume, en principio, en cuanto

› á ellos, la autoridad de una ley nueva; pero no puede desple-
ar su imperio respecto al pasado, por cuya razón los actos jurí-
icos ejecutados y perfeccionados cuando eran súbditos de la an-
gua patria, no pueden someterse al imperio de la ley de
ι nueva patria de elección. Se debe, pues, dejar á salvo el prin-
ipio general sancionado en los Códigos modernos, y que nues-
ro legislador establece en el artículo 2.° del título preliminar,
saber, que la ley no dispone más que para el porvenir, y que
o puede tener efectos retroactivos. Los actos jurídicos ya per-
ɔccionados y realizados por los cónyuges extranjeros que con
osterioridad se han naturalizado en Italia, constituyen verda-
eramente el pasado, y no pueden ser sometidos á la autoridad
e la ley italiana (1). Se debe, por consiguiente, admitir que la
onación hecha durante el matrimonio por dos cónyuges france-
es, bajo el imperio de la ley francesa, se considerará válida,
ero revocable, conforme al art. 1.096 del Código civil francés,
n el caso de que dichos cónyuges se hayan naturalizado poste-
iormente en Italia.

1.711. Habiendo sostenido, por lo que hemos dicho an-
ɔriormente, que la donación, considerada su esencia y natura-
ɔza como acto jurídico, es una relación contractual, la con-
ːactualidad debe considerarse, en principio, como requisito
ɔencial de la misma. Ahora bien, cuando se trate de establecer
i existe ó no este requisito de la contractualidad, y cómo y
ıándo la relación contractual entre donante y donatario puede
ɔputarse nacida y perfecta, será necesario referirse á la ley que
ɔgula la esencia de la donación como acto jurídico, y, por lo
ınto, en nuestro orden de ideas, á la ley personal del dispo-
ente.

Las leyes de los diferentes países no están de acuerdo al es-
ıblecer cuándo debe considerarse nacida y perfeccionada la re-
ıción contractual.

Según el Código francés (art. 894) y el Código italiano (ar-
culo 1.050), la aceptación, por parte del donatario, se consi-

(1) Confróntese lo que hemos dicho á este propósito en la *Parte*
neral, y en el § 1.673 y siguientes.

dera indispensable para dar vida al acto jurídico. El Cód-
francés, siguiendo la precedente legislación de 1731, requie-
que la aceptación se haga en términos expresos, por lo que, co-
forme á dicho Código, no puede existir la relación contrac-
más que cuando el donatario haya aceptado expresamente. L-
jurisconsultos franceses consideran que no puede tenerse p-
indispensable la aceptación hecha con la fórmula precisa
acepto, sino que es absolutamente necesaria una declaración -
plícita del donatario; por lo tanto, no bastaría que el don-
hubiese transmitido la posesión de la cosa donada, y que el d-
natario tomara posesión de ella; y tampoco que el donatario -
terviniese en el acto de la donación y que lo hubiese firmado

Según el Código italiano, la aceptación es también un e-
mento indispensable, y la Casación de Roma sostiene que de-
hacerse en términos expresos (2).

Por el contrario, según el Código para el Imperio germ-
co, el consentimiento del donatario se considera indispens-
para dar vida á la donación; sin embargo, el legislador esta-
ce en el artículo 516, que si uno hace una disposición de li-
ralidad sin la voluntad del beneficiado, puede fijar un térm-
adecuado para que éste haga la declaración de acepta-
Transcurrido el término, la donación se considera aceptada -
el donante no la ha rehusado. Así, pues, el legislador ale-
considera eficaz la aceptación tácita deducida del silencio de -
parte, á la que se dió un plazo para declarar su voluntad, cu-
do ésta no haya rehusado la aceptación.

Según el Código austriaco, la donación se perfecciona m-
diante la tradición de la cosa donada (3).

En tal estado de cosas, cuando llegue el momento de de-

(1) Confr. Baudry, Lacantinerie y Colin, *Donation*, núms.
y 1.114; Grenier, *Donat.*, núm. 57 y sig. La Casación francesa, e-
sentencia de 27 de Marzo de 1839, establece: «La aceptación d-
hacerse en términos expresos; no puede inducirse de explica-
más ó menos significativas del acto, ni de las circunstancias q-
han precedido y acompañado».

(2) Cas. Roma, 8 Febrero 1877 (*Giurispr. ital.*, XXIX, 1.º, 337.

(3) Confr. arts. 938, 939 y 943.

dir si se reputará ó no perfeccionada la donación, y si deberá ó no considerarse establecida la relación contractual, de tal modo que haga nacer el derecho de acción, por parte del donatario, respecto al donante, se aplicará la ley del disponente, que habrá de regular la esencia del acto jurídico. Por consiguiente, creemos que si un ciudadano del Imperio alemán hace una disposición en favor de un francés ó de un italiano, mediante la cual aquél quiera enriquecer á éste gratuitamente, la donación se considerará perfecta, no obstando que el donatario no haya declarado su voluntad de aceptar en términos expresos, como se requiere por el Código francés ó por el italiano.

La relación contractual entre donante y donatario, debe, en efecto, considerarse establecida con arreglo á la ley que ha de regir la esencia del acto jurídico, ó sea conforme á la personal del disponente; por lo que, tratándose de donación hecha por un alemán, se entenderá perfeccionado el contrato, aun cuando el beneficiado no haya aceptado en el momento en que la liberalidad se cumpla por parte del donante, dado que aquél, emplazado para declarar su voluntad en el término fijado por el disponente, no haya en dicho plazo rehusado el acto de liberalidad.

1.712. Conviene advertir que las leyes de ciertos países establecen algunas limitaciones especiales relativas á la capacidad del donatario. Por ejemplo, el Código civil francés estatuye en el art. 934, que la mujer casada no puede aceptar una donación sin el consentimiento de su marido, y en caso de rehusarla éste, sin la autorización del Juez. Esta limitación especial de la capacidad, dependiente de la condición civil de la persona, se regulará por su ley personal. Según el Código civil italiano, la autorización del marido, que es indispensable para la mujer casada que desee hacer una donación, no se necesita para aceptar la liberalidad (1).

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio expuesto, de que la ley del disponente debe ser aplicada para establecer cómo y cuándo existe la relación contractual, es necesario, á pesar

(1) Confróntese el art. 134.

de ello, referirse á la personal del donatario, para decidir si tiene ó no la capacidad requerida para dar existencia á la relación jurídica. Por consiguiente, la donación hecha en Italia por un italiano á una mujer casada francesa, aun cuando se considere perfecta, según nuestra ley, cuando esté aceptada por la mujer casada, no podría tenerse por eficaz, porque la mujer casada francesa no puede, en virtud de su ley personal, dar existencia al acto contractual, á no ser que esté autorizada convenientemente por el marido ó por el Juez.

Así también debe aplicarse la ley personal del donatario, para decidir en lo referente á las personas que pueden legalmente representar á los incapacitados para dar existencia á la relación contractual; y, por consiguiente, se decidirá conforme á la misma, si el padre, la madre, el tutor ú otros, pueden representar al incapacitado para la perfección del contrato de donación, y si se exige la autorización del consejo de familia ó del Juez.

1.712. La irrevocabilidad del acto de liberalidad, se considera como un requisito esencial por la mayor parte de los Códigos modernos. Pero también existen leyes que declaran la donación revocable al arbitrio del donante, como sucede en el Derecho otomano (1). Está, pues, claro, que, en virtud de cuanto venimos diciendo, es necesario referirse á la ley personal del disponente que regulará la esencia y el contenido del acto, para decidir si la liberalidad es absolutamente revocable ó irrevocable, al arbitrio del donante.

De igual manera debe aplicarse dicha ley para decidir acerca del derecho que compete al donante para estipular la reversión de los efectos donados en determinadas circunstancias, y acerca de los efectos de tal pacto.

El pacto de reversión de la cosa donada, en el caso de que muriese el donatario antes que el donante, se considera lícito por los Códigos francés (arts. 951 y 952) é italiano (artículos 1.071, 1.072 y otros) (2). No se puede, pues, dudar de

(1) Véase Clavel, *Della successione nel Diritto musulmano.*

(2) Código español, art. 641; portugués, 1.475; holandés, 1.710, y mejicano, 2.833.

que se considerará eficaz tal pacto en el caso de una donación hecha por un francés ó por un italiano á un extranjero que sea ciudadano de un país en que la ley en vigor no reconozca ese valor al pacto de que hablamos, porque forma parte sustancial del contenido de las relaciones contractuales que, mediante la donación, se establecen, y deben sujetarse á la ley personal del disponente.

1.714. En lo que se refiere á las demás condiciones que expresamente se añadan al acto de la donación, es necesario atenerse, en principio, á la autoridad de la ley reguladora de la sucesión, para decidir sobre el valor jurídico de las mismas y los efectos que puedan derivarse en relación con la fuerza jurídica del acto mismo.

Según el Código francés (art. 946), el donante puede reservarse la facultad de disponer de cualquier objeto comprendido en la donación, y lo mismo sucede conforme al Código italiano (artículo 1.069). Ambos legisladores declaran nula la donación hecha bajo condiciones cuya ejecución dependa sólo de la voluntad del donante (1). Se encuentra una diferencia notable entre el Código francés y el italiano, respecto á las condiciones imposibles ó contrarias á las leyes y á las buenas costumbres. El legislador francés considera tales condiciones como no escritas, subsistiendo como válida y eficaz la donación (art. 900 del Código civil). El legislador italiano, que sanciona la misma regla en lo referente á dichas condiciones puestas en los testamentos (art. 849), ha igualado en esto la donación á los contratos ordinarios, y la declara nula cuando se haga bajo condiciones imposibles ó contrarias á las leyes y á las buenas costumbres (art. 1.065).

En principio, es necesario admitir que debe decidirse de conformidad con la ley personal del disponente, si la donación que éste hace bajo una condición, un término ó un gravamen (*modus*), se considerará ó no eficaz y válida. La condición forma parte integrante de la declaración de voluntad, y es natural que

(1) Código civil francés, art. 944; italiano, 1.066; español, 621; portugués, 683 y 1.454; holandés, 1.292, y mejicano, 1.595.

su valor en derecho se determine con arreglo á la ley que debe regir la esencia del acto jurídico.

Puede surgir una duda acerca de las condiciones contrarias á las leyes y á las buenas costumbres. ¿Se atribuirá en Italia fuerza jurídica á la donación hecha por un extranjero bajo condición contraria á las buenas costumbres, en oposición al artículo 1.065 del Código civil, que declara nulas las donaciones hechas de este modo? Supongamos, por ejemplo, que un francés hiciese una donación á un italiano bajo condición imposible ó contraria á las buenas costumbres; dado que este acto jurídico se hubiese celebrado entre donante y donatario en Francia, ¿debería considerarse eficaz tal donación también para sus efectos en virtud de lo que establece el legislador francés en el artículo 900 del Código civil, y el legislador italiano en el 9.º del título preliminar, en el cual reconoce la autoridad de la ley nacional del disponente para regular las controversias que se refieran á la esencia de la donación?

Nosotros entendemos que la afirmativa no puede sostenerse siempre. Es verdad, en general, que considerada la donación por la ley italiana, como un acto irrevocable, y teniéndola por válida y eficaz, cuando como tal se la reconoce conforme á la ley nacional del disponente, debería reputarse válida la hecha por un francés bajo condiciones imposibles ó contrarias á las buenas costumbres, puesto que el legislador de su país, declarando que tales condiciones deben tenerse por no escritas, ha reconocido subsistente el *animus donandi*, no habiendo subordinado el valor jurídico de la declaración de voluntad del donante y la causa del acto de liberalidad, á las citadas condiciones.

Se observará que aun cuando el *animus donandi* no puede efectivamente considerarse atacado de la condición inmoral, una vez que ésta, respecto á un francés, debe tenerse por no escrita conforme á su estatuto personal, sin embargo, el atribuir en Italia fuerza jurídica á la relación contractual hecha bajo condición inmoral, se entenderá en oposición á la regla sancionada en el artículo 12 del título preliminar, que niega autoridad á las leyes extranjeras en cuanto derogan leyes italianas que velan en cualquier modo por las buenas costumbres.

¿Acaso puede negarse que la disposición sancionada en el artículo 1.065, que quita todo valor jurídico á la donación hecha bajo condiciones contrarias á las buenas costumbres, sea de aquellas que tienden á proteger las del Estado italiano?

Creemos que no se puede sostener la misma tesis que si sólo se tratase de condiciones imposibles, porque respecto á estas no puede afirmarse que se discutan los intereses sociales, al negar la autoridad de la ley extranjera. En efecto, creemos que debiéndose considerar como no escrita la condición imposible, en conformidad con cuanto establece el legislador francés, no se puede entender lesionado el interés público territorial, si se reconoce eficaz en Italia la donación hecha por un francés bajo condición imposible. Decimos esto, porque creemos racionalmente que la esencia de la liberalidad por parte del donante francés y el *animus donandi*, no podrían estar atacadas de nulidad porque hubiese hecho el acto de donación bajo condición imposible, puesto que sabía que equivalía á no escribirla; y por otra parte, no existe un motivo, digno de tener en cuenta, de interés público territorial, para negar la eficacia de la donación de que hablamos. La disposición de las cosas nos parece muy diversa de la que hemos examinado al tratar de las condiciones inmorales y contrarias á las buenas costumbres, respecto de las cuales, como ya hemos dicho, no admitimos que el Juez del Estado pueda atribuir fuerza jurídica al acto, consentido bajo dichas condiciones, sin que se deriven ofensas á las buenas costumbres, que el patrio legislador ha intentado impedir sancionando la disposición consagrada en el artículo 1.065.

1.715. Respecto á la condición de no enajenar el inmueble donado, observamos que, como tal condición afecta directamente al régimen de la propiedad inmobiliaria y á su organización, y tiene estrechas relaciones con los principios de orden público y los intereses económico-sociales, debe reconocerse la autoridad de la *lex rei sitae* para decidir si puede ó no tenerse por eficaz.

El legislador italiano dispone en el artículo 1.073 del Código civil, que en las donaciones no se permiten las sustituciones, más que en los casos y límites establecidos para los actos

de última voluntad. Tal disposición debe tener, á nuestro modo de ver, la autoridad de estatuto real, para decidir acerca de la eficacia de una donación hecha por un extranjero de sus bienes inmuebles existentes en Italia, y, por lo tanto, aunque su ley personal le permitiese hacer la donación con el vínculo de inalienabilidad del inmueble donado, tal vínculo no podría considerarse eficaz en nuestro país, derogando cuanto establece el legislador italiano.

Es evidente que la ley que sanciona ciertas prohibiciones respecto á los vínculos con que pueden ser gravadas las tierras, tiende á defender los intereses económicos y el más racional desenvolvimiento de la riqueza, y como no se puede negar que se discuten los intereses sociales, es preciso reconocer que la *lex rei sitae* debe tener autoridad *erga omnes*.

En virtud de los mismos principios, sostenemos que, si un italiano hiciese donación de un inmueble situado en país extranjero, donde, según la ley vigente, se consientan ciertas vinculaciones respecto de la inalienabilidad de la cosa donada, que no estuviesen permitidas por nuestras leyes, la donación así hecha, no podría ser impugnada, en gracia á cuanto dispone el legislador italiano. Decimos esto, fundándonos en la naturaleza de las leyes referentes al acto jurídico en cuestión.

La disposición sancionada en el artículo 1.073, no tiende á limitar la capacidad para poderla atribuir la autoridad de estatuto personal en cualquier parte. Determina más bien lo que puede ser objeto del acto de liberalidad, y atañe, por lo tanto, á la condición de los bienes. Ahora bien, tocante á éstos, el mismo legislador italiano reconoce la autoridad de la *lex rei sitae*, en la máxima sancionada en el artículo 7.° del título preliminar, que dice: «Los inmuebles están sujetos á las leyes del lugar donde se hallan situados».

Tampoco podría aducirse que habiéndose referido nuestro legislador, en el citado artículo, á la ley reguladora de la sucesión, el valor jurídico de la sustitución ó del vínculo fideicomisario bajo el cual se haya hecho la donación, debe regirse en conformidad con nuestra ley, á la que se somete la sucesión en lo que se refiere á los ciudadanos italianos.

Es indispensable advertir que la ley de la sucesión se relaciona con esta materia para determinar la parte de bienes de que el donante puede disponer, respecto á lo cual, debe reconocerse la autoridad soberana de la ley del disponente. Por lo que, si el donante italiano, disponiendo con arreglo á la *lex rei sitae*, hubiese violado los derechos de los herederos legítimos, nuestra ley reguladora de la sucesión y de la parte de bienes de que el ciudadano puede disponer mediante donación, se aplicaría para defender el derecho que corresponde á los herederos legítimos de pedir la reducción de la liberalidad.

El estado de cosas que examinamos, se refiere, á su vez, al acto de liberalidad ejecutado por un italiano respecto á sus bienes inmuebles existentes en el extranjero, y que no exceda de los límites de la parte disponible, y suponiendo que el donante haya establecido ciertos límites á la facultad de enajenar, que no puedan reputarse permitidos con arreglo al artículo 1.073 del Código civil italiano, y que, por el contrario, se consientan por la *lex rei sitae*. En tales circunstancias, es en las que nosotros sostenemos que la donación debe tenerse por válida y eficaz, no obstante la prohibición sancionada por el patrio legislador en el mencionado artículo. Afirmamos esto, porque, aunque es verdad que, de acuerdo con nuestro Código civil, debe declararse nula cualquiera donación hecha bajo condición contraria á las leyes (artículo 1.065), entendemos que no puede considerarse como tal la donación con vínculos fideicomisarios, hecha de conformidad con la *lex rei sitae*.

En efecto, considerando que debe atribuirse autoridad á la ley territorial y no á la personal, respecto á los vínculos que graven las tierras y los bienes inmuebles, no se puede tener, ciertamente, como contraria á ley, la condición de inalienabilidad impuesta á la donación, de acuerdo con la ley del país donde exista el inmueble donado, puesto que á ésta es á la que, según el artículo 7.° del título preliminar de nuestro Código civil, se debe considerar sometido el inmueble, aun cuando pertenezca á un italiano.

1.716. Pasemos á hablar de los bienes que pueden ser objeto de una disposición á título gratuito.

No están conformes todas las legislaciones al determinar qué es lo que puede ser objeto de una donación. Algunas, observando en principio que la donación consiste en la transmisión efectiva y actual de un derecho patrimonial, niegan que la cosa ajena pueda ser objeto de una donación.

Así se observa, en principio, por la ley italiana (1) y por la francesa (2). Otras, por el contrario, admiten que las cosas ajenas pueden ser objeto de donación (3). Todas reconocen generalmente, que sólo las cosas que se hallan en el comercio, pueden ser donadas. Algunas, sin embargo, consienten que se donen los bienes presentes y los futuros (4), mientras que otras niegan todo valor jurídico á la donación de los bienes futuros (5).

Respecto á las cosas muebles, algunas leyes admiten que pueden ser objeto de donación válida, pero es preciso que se especifiquen con indicación del valor en que estén estimadas en el acto de la donación, ó bien en una nota aparte suscrita por el donante, por el Notario y por la persona favorecida (6). Otras,

---

(1) Deducido de los arts. 1.056, 1.066 y 1.459.

En virtud del primero, es nula la donación cuando la cosa donada no se encuentra en la actualidad en el patrimonio del donante, debiendo éste despojarse de la misma para transferirla al donatario. Atendiendo al art. 1.066, no se podría considerar válida la donación subordinada á la condición de la adquisición, porque dependería del solo arbitrio del donante. En un caso solamente sería válida, según el Derecho civil italiano, la donación de la cosa ajena: cuando el donante declare que dona una cosa de otro y que asume la obligación expresa é irrevocable de adquirirla y de entregarla al donatario, en cuyo caso, la obligación actual contraída por el donante, constituiría irrevocablemente el objeto de la donación.

(2) Resulta, sin duda, del art. 1.599 en relación con el 894.

(3) El Código austriaco, en el art. 945, dispone que la donación de cosa ajena, hecha conscientemente por el donante que haya callado tal circunstancia al donatario, tiene fuerza jurídica é implica la responsabilidad de las consecuencias del daño.

(4) Código austriaco, art. 944.

(5) Código francés, art. 943; portugués, 1.453, holandés, 1.704 chileno, 1.409; mejicano, 1.290; italiano, 1.064, y español, 635.

(6) Código francés, art. 948; italiano, 1.070; español, 632; portugués, 1.458; holandés, 1.724; chileno, 1.407, y mejicano, 2.606 y 2.607

en oposición, admiten que la donación de las cosas muebles puede hacerse hasta verbalmente, siempre que las cosas donadas se consignen al donatario (1).

Conforme al Código austriaco, cuando uno prometiese verbalmente dar á título gratuito sus cosas muebles á otra persona, y después hiciera de un modo espontáneo la tradición efectiva, la donación se perfeccionaría de este modo, porque según dicho Código, mediante la efectiva tradición, se considera jurídicamente perfeccionado el contrato de donación (2).

En lo que se refiere á los derechos de obligación que puedan ser objeto del contrato de donación, las leyes de los diversos países regulan de diferente modo las relaciones contractuales que se derivan de la donación de las cosas incorporales, mediante la cual el donatario adquiere un derecho de obligación de cualquiera naturaleza, ó se libra de una obligación pasiva, presente ó futura. Por otra parte, las leyes que admiten que se puede estipular hasta en favor de los terceros, conceden que el donante, en virtud de su acto de liberalidad, puede donar un derecho de obligación á un tercero. Así, nuestra ley admite, por ejemplo, que la constitución de una renta vitalicia á favor de un tercero puede ser objeto de donación (3). No obstante, según algunas leyes, que son las más en número, la relación contractual á causa de la donación entre el donante y el tercero, no nace sino cuando éste haya manifestado expresa ó tácitamente su consentimiento para aceptarla (4). En otras, por el contrario, y así está establecido en el Código civil del Imperio germánico, la estipulación á favor de tercero, hecha *animus donandi*, le hace adquirir directamente el derecho de exigir la prestación, y tal derecho nace inmediatamente en virtud del contrato (5).

También la renuncia de adquirir un derecho para que otros

(1) Código español, art. 632.

(2) Véase Nippel, *Comm. sul Codice civile austriaco*, en el art. 943, número 3.º

(3) Art. 1.794 del Código civil italiano.

(4) Código civil italiano, art. 1.128; francés, 1.121; español, 1.257 á 1.259; suizo, *De las obligaciones*, tít. II, cap. III, art. 128.

(5) Código civil germánico, art. 328.

lo adquieran, cuando se haga *animus donandi*, como consecuencia de acuerdo especial, y tenga el carácter de relación contractual, puede ser objeto de donación según las leyes de ciertos países, y no puede serlo según las de ciertos otros (1), por lo que la renuncia á la herencia será ó no objeto de donación conforme á las leyes de los mismos.

1.717. Teniendo presente la diversidad de disposiciones legislativas que se refieren á todo aquello que puede ser objeto del contrato de donación, decimos que, en principio, debe aplicarse la ley que ha de regular la esencia y el contenido de las relaciones contractuales que nacen de la donación, cuando se trate de decidir lo que pueda ó no ser objeto de ella; por lo que, siguiendo nuestro orden de ideas, es necesario atenerse, en este particular, á la ley personal del disponente. Debemos, sin embargo, advertir que, si la donación se hace de cosas corporales, la ley del lugar donde se encuentren las cosas donadas, desplegará su autoridad cuando se trate de determinar si tales cosas pueden ó no ser objeto de la misma.

Hemos establecido en general que, siempre que se trate de decidir acerca de la condición jurídica de los bienes, es necesario atenerse á la *lex rei sitae*, y que en consecuencia, se debe, de conformidad con ella, establecer si las cosas donadas se considerarán ó no entre las que se hallan en el comercio, y si pueden ó no ser objeto de relaciones contractuales (2).

1.718. Una cuestión especial nacería con motivo de la donación, en el caso de que, según la ley del disponente, se permitiese la de los bienes presentes y futuros, y según la *lex rei sitae*, por el contrario, se dispusiera que los bienes futuros no podían ser objeto de donación.

(1) Según el Derecho germánico, el dejar la adquisición de un derecho patrimonial en provecho de un tercero, no es donación, y por lo tanto, no se considera como tal la renuncia á una herencia (Código civil germánico, art. 517). Según el Derecho italiano, por el contrario, la renuncia á la herencia puede ser objeto de donación. Confr. Ascoli, *Delle donazioni*, cap. II, pág. 227. Véase Código austriaco, art. 930.

(2) Véase la *Parte general*.

Los jurisconsultos franceses, discutiendo este asunto, sosienen que la prohibición de disponer de los bienes futuros, ancionada por el legislador francés, debe tener la autoridad e estatuto real para los inmuebles existentes en Francia, en azón de que tiene estrecha relación con el derecho sucesoio, y éste, en lo que se refiere á los inmuebles existentes en 'rancia, se somete á la ley francesa (1). Siguiendo tal orden de deas, es, pues, indispensable admitir que así como la ley de la suesión tiene el carácter de estatuto real sólo respecto á los innuebles, y no para los muebles, puesto que en lo que á éstos se efiere, se reconoce la autoridad de la ley del domicilio del exranjero, así, la donación de bienes futuros será nula conforne á la ley francesa en cuanto á los inmuebles, y podría ser álida en cuanto á los muebles existentes en Francia, si fuese ermitida según la ley personal del donante.

Laurent, examinando la cuestión propuesta (2), dice que si l donante hubiese dispuesto por donación, de sus bienes futuos, la misma sería nula en Francia, en virtud de la disposición ancionada por el artículo 943.

El insigne jurisconsulto no encuentra laudable la disposición, l advertir que, como las cosas futuras pueden ser objeto de na obligación (art. 1.130 del Código civil francés), no hay raón para sostener que la donación no sea válida también resecto á las mismas cosas futuras que el donante pueda adquirir ı lo sucesivo; tanto más, si se considera que el legislador lmite que la liberalidad por contrato de matrimonio. puede mprender los bienes futuros (art. 947). No encuentra, pues, nforme á los justos principios, que se declare nula la donación ı cuanto á los bienes futuros adquiridos por el donante en ancia, porque observa que si la ley extranjera declara válida donación de dichos bienes, y el donante hizo su donación de erdo con su ley nacional, no se debía desconocer su valor juco, atribuyendo al artículo 943 la autoridad de estatuto

) Duranton, t. I, núm. 85; Demolombe, t. I, núm. 83; y Cas. fran, 3 Mayo 1815 (*Journal du Palais*).

) Laurent, *Droit civ. intern.*, vol. VI, § 284.

real. La donación—dice—depende de la intención, y todo lo que dimana de la intención, entra en el campo de los principios de Derecho común de los contratos, por lo que debe excluirse la teoría de los estatutos.

No estamos en todo de acuerdo con el eminente jurisconsulto, y he aquí las razones por qué disentimos:

La máxima sancionada por el legislador italiano en el artículo 1.064, de acuerdo con el 943 del Código civil francés que declara sin efecto alguno la donación de los bienes futuros en lo que á éstos atañe, no concierne, ciertamente, á la capacidad del disponente, ni siquiera nos parece que se refiera al contenido de la donación, sino á la condición jurídica de las cosas que pueden ser objeto de la misma.

El legislador patrio, teniendo presente que la donación, cuando llega á perfeccionarse entre las partes mediante la aceptación, produce el efecto de transferir al donatario la propiedad de las cosas donadas (artículo 1.002), y que la transmisión de dominio origina sus efectos incluso respecto á los terceros, ha determinado, en el artículo 1.064, cuáles son los bienes cuya transferencia puede verificarse por donación.

Creemos, pues, que como la disposición expresada determina la condición de los bienes que pueden transmitirse eficazmente mediante la donación, y no puede dudarse de que mira los derechos de las partes y de los terceros, no se atribuirá, en consideración á éstos, autoridad á la ley extranjera que disponga de modo distinto que la ley territorial. Nosotros, pues, concedemos autoridad de estatuto real á la disposición sancionada por el legislador italiano en el artículo 1.064, y por el francés en el 943, cuando en la cuestión intervengan los derechos de los terceros, porque entendemos, en general, que debe atribuirse autoridad territorial á la ley que regula la condición de las cosas, siempre que los terceros estén interesados en la controversia. Sostenemos, por consiguiente, que la donación hecha por un austriaco de sus bienes presentes y futuros en virtud de la facultad que le concede el artículo 944 del Código civil de su país, se considerará eficaz solamente entre las partes, como hemos dicho en el § 1.704; pero respecto á los terceros, se ten-

drá por válida, limitándola á los bienes que poseyera en nuestro país el día en que hizo la donación.

1.719. En cuanto á las cosas muebles, admitimos, en virtud de los mismos principios, que si un austriaco donase las suyas, existentes en Italia en el momento en que se hiciese la donación, el acto no produciría sus efectos respecto á los terceros, si no se observaron las prescripciones sancionadas por el patrio legislador en el artículo 1.070. Esto lo decimos en razón del principio general de que las cosas muebles localizadas, se entenderán sometidas á la ley territorial respecto á todas las disposiciones en que pueda intervenir el derecho social ó los intereses de los terceros. No valdría aducir, en contrario, que, conforme al artículo 7.° del título preliminar de nuestro Código civil, las cosas muebles deben considerarse sometidas á la ley nacional del propietario.

Cierto es que en gracia á tal artículo y á cuanto dispone el legislador austriaco en el artículo 943, si un austriaco, encontrándose en Italia, hubiese prometido verbalmente dar á título gratuito sus bienes muebles á otro, y hubiese hecho espontáneamente la tradición efectiva de las cosas donadas al donatario, la donación debería considerarse consumada entre las partes, merced á los dos mencionados artículos; pero si se quisiera invocar la disposición del artículo 943 del Código civil austriaco para sostener ante el Juez italiano los efectos de la donación así hecha, en contra de los intereses de los terceros que quisiesen combatirla, entendemos que se podría oportunamente pedir la aplicación del artículo 1.070 de nuestro Código civil, é invocar la máxima sancionada en el artículo 7.° del título preliminar, que admite la autoridad de la ley nacional del propietario respecto á las cosas muebles, pero añade «salvo las disposiciones contrarias de la ley del país en que las cosas muebles se encuentren». Este sería uno de los casos en que encontraría su aplicación la máxima sancionada por el patrio legislador en el artículo 12 del mismo título, que establece que no se puede pedir que el Juez del Estado aplique leyes extranjeras, en cuanto deroguen las prohibitivas del reino que se refieren á los bienes.

El legislador italiano, considerando que los bienes del deu-

dor son la garantía común de sus acreedores (artículos 1.948 y 1.949), y que el donante, despojándose, mediante la donación de las cosas que le pertenecen, y transfiriendo los objetos donados al donatario, viene así á disminuir la garantía común de los propios acreedores, ha regulado el acto de la donación de manera que proteja la libertad del propietario sin perjuicio de los derechos de los terceros. A esto tiende la máxima sancionada en el artículo 1.070, por lo que creemos que, cuando se discutan los derechos de los terceros, este artículo debe tener autoridad territorial respecto á los muebles localizados en el territorio italiano, y de los cuales el propietario quiera disponer mediante un acto de liberalidad.

No admitimos que se pueda sostener el mismo principio en la hipótesis de que la donación de las cosas muebles se perfeccionara en un país extranjero, en el cual, según la ley, no se requiriese la especificación y la indicación del valor de las cosas muebles donadas, y que posteriormente hubiesen sido transportadas á Italia, donde se encontrasen en el momento en que el acreedor del donante ejercitara su acción para impugnar la donación hecha por aquél y perfeccionada según la ley nacional del donante

Las reglas sancionadas por la ley territorial, referentes á las cosas muebles, no pueden aplicarse á las que no estuvieran localizadas en Italia en el momento en que se realiz el acto jurídico. La circunstancia de haber sido los referidos muebles transportados á Italia, y de encontrarse bajo el imperio de nuestra ley en el momento en que comenzó á ejercitarse la acción ante el juez del Estado, no puede ser una razón suficiente para pedir la aplicación de la ley territorial, ni para impugnar en su virtud los actos jurídicos perfeccionados y los derechos adquiridos antes de que las cosas muebles se encontrasen bajo el imperio de la misma ley. Más bien debe servir el principio general de que todo derecho legalmente adquirido sobre la cosa mueble, antes de que hubiese sido transportada al país donde se encontrase en la actualidad, debe respetarse, y no puede ser impugnado en virtud la *lex rei sitae*.

1.720. Por lo que se refiere á la forma de la donación hemos expuesto anteriormente las distintas disposiciones su

cionadas por las leyes de varios países. Ahora debemos examinar cómo se deben resolver los conflictos que puedan nacer á causa de la citada diversidad de disposiciones del Derecho positivo.

Habiendo establecido, en principio, que la donación es un contrato, ¿se le aplicará la regla *locus regit actum*, para deducir que lo que se refiere á la forma, para la legalidad del acto, debe depender de la ley del país donde se haya perfeccionado el negocio jurídico?

Nosotros recordamos lo que dijimos anteriormente para determinar cómo se debe entender la regla *locus regit actum*, y cómo ha de determinarse el campo en que puede desplegar su autoridad (1), y mantenemos con firmeza nuestro concepto para resolver la cuestión propuesta. Estimamos que la regla *locus regit actum* debe aplicarse á las formas propiamente dichas, esto es, á las que deben considerarse exigidas para la redacción del acto; es decir, á las formas extrínsecas del instrumento.

Todo asunto que revista el carácter de hecho jurídico, debe reunir en primer término los requisitos indispensables para que tenga la fuerza jurídica á que tiende, y estos requisitos se determinarán según la ley encargada de regular la esencia y el contenido del asunto de derecho de que nos ocupamos, no pudiendo caer bajo el imperio del estatuto de las formas. A fin de que después pueda aparecer el *id quod actum est*, y establecerse la prueba, se necesita que las partes redacten ó hagan redactar el acto con las formalidades requeridas por la ley para que el *instrumento* tenga su valor legal. Luego la regla *locus regit actum* debe precisamente aplicarse á las formas, es decir, á aquellas que son indispensables para el valor legal del *instrumento;* en virtud de dicha regla debe atribuirse valor legal al instrumento redactado por el funcionario competente ó por las partes, con las formalidades requeridas por la *lex loci actus*.

Aplicando estos principios á la donación, entendemos que es necesario distinguir lo que se requiere por la ley á que debe

(1) Véase *Parte general*, núm. 230 y siguientes; *De la forma del testamento*, núm. 1.538 y siguientes.

someterse como asunto y como hecho jurídico, para determi-nar de qué modo ha de hacerse la declaración de voluntad por parte de aquel que quiere transmitir gratuitamente á otro lo que le pertenece, y lo que se exige para dar á la declaración de voluntad la forma extrínseca necesaria para su valor legal como tal, á los efectos de poderla probar. Lo primero no se halla dentro del campo del estatuto de la forma, y, por consiguiente, no puede caer bajo la aplicación de la regla *locus regit actum*; por el contrario, lo segundo, que se refiere al acto y al instrumento, debe subordinarse al imperio de la mencionada regla, que regulará siempre todo lo que se relacione con las formas extrínsecas ó instrumentales, en virtud del principio de Derecho internacional consuetudinario que concierne al estatuto de las formas.

¿Acaso se pretende sostener que la declaración de voluntad para poner en existencia el hecho jurídico y dar vida al asunto jurídico, pertenece á la forma extrínseca del asunto mismo? No podemos admitir tal cosa, porque todo lo que concierne á la intención y á la voluntad, corresponde á la esencia y no á la forma del acto.

No debe dudarse por nadie que para que la donación exista es insuficiente que sea gratuita por parte de su autor. Puede existir una prestación objetivamente gratuita, pero no será donación, á no ser que el sujeto tenga el *animus donandi*. Por que la ley, en cuanto determina las circunstancias de hecho y de derecho por las cuales debe considerarse ó no que el acto gratuito haya sido ó no inspirado en la intención de realizar una liberalidad, regula la esencia del asunto jurídico, no la forma externa de la manifestación de la voluntad.

El legislador italiano, en el art. 1.056, y el francés en el 931, por ejemplo, disponen que la donación debe realizarse mediante acto público ó auténtico. Ahora bien, aceptando que la donación hecha por un italiano ó por un francés se somete á la ley italiana ó á la francesa, en todo lo que se refiere á la esencia del acto, es decir, los requisitos intrínsecos indispensables para la existencia del hecho y del asunto jurídico, ¿se admitirá, acaso, que, en virtud de la regla que concierne á la for-

ma de los actos, un italiano ó un francés pueda hacer eficazmente una donación verbal? Sostenemos la negativa, por la sencilla razón de que no puede existir donación sin intención, y el *animus donandi*, respecto al italiano y al francés, no existe más que conforme á su ley personal, que regula la esencia del acto de liberalidad. Ahora bien, considerando que con arreglo á la ley del uno ó del otro, el *animus donandi* sólo existe cuando el disponente haya expresado su intención de un modo solemne, ¿puede creerse que existe dicha intención en el caso de que la voluntad de donar no se haya declarado en la forma solemne prescrita por la propia ley personal?

Dicha solución estaba formalmente consagrada en el artículo 47 del proyecto primitivo del Código civil francés, título *De las donaciones*, que decía así: «El francés que encontrándose » en el extranjero, quiera donar *inter vivos*, bien á un compatrio» ta, bien á un extranjero, hará redactar un documento público » y auténtico, con las formalidades prescritas en el país donde se » otorgue, ajustándose, además, á las leyes francesas». Tal artículo resolvía exactamente la cuestión, estableciendo la aplicación de la regla *locus regit actum* para la redacción del acto. Siendo necesaria la autenticidad en conformidad con la ley francesa, se admitía la autoridad de la *lex loci actus* para decidir si el acto debía ó no considerarse como auténtico. Semejante disposición no se encuentra en el Código, porque se la considera inútil, puesto que la regla que consagraba debe entenderse naturalmente derivada de los principios generales (1).

En el Código italiano tampoco se encuentra una disposición especial para la donación; pero, como ya hemos dicho, el patrio legislador ha querido evitar toda mala interpretación respecto á los actos entre vivos, consagrando en el art. 9.° del título preliminar la regla de las formas de los mismos en términos claros y explícitos. «Las *formas extrínsecas* de los actos entre vivos, dice, se determinan por la ley del lugar en que se ejecutan». Resulta, pues, claro, que nuestro legislador reconoce la autori-

---

(1) Confr. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires, ou motifs du Code civil*, tomo XII, págs. 355 y 370.

dad del estatuto de las formas solamente respecto á las extrínsecas de los actos mismos.

1.121. No faltan, sin embargo, autores que, dando á la regla *locus regit actum* un alcance mayor del que debe tener, sostienen que, en virtud de la misma, hasta en la hipótesis de que, conforme á la ley nacional del disponente, fuese indispensable la autenticidad para el valor jurídico del acto entre vivos á título gratuito, debe considerarse válida y eficaz la donación hecha por escritura privada, cuando la ley del país donde se otorgó, reconozca como válida esta forma (1).

Por consiguiente, por ejemplo, según el Código portugués, la donación de los bienes inmuebles, cuyo valor no exceda de 50.000 reis, puede hacerse por medio de escritura privada firmada por el donante y por dos testigos, por lo cual, según la teoría de los mencionados escritores, debería tenerse por válida la donación hecha en esta forma por un italiano que hubiese perfeccionado su acto de liberalidad en Portugal, aunque se refiriese á sus bienes inmuebles existentes en Italia. También debería considerarse válida la donación hecha verbalmente, y, en general, todas las en que se hubiesen observado, respecto á la forma, las disposiciones de la *lex loci actus*. La jurisprudencia está también de acuerdo con la referida doctrina de los jurisconsultos (2).

Nosotros, no obstante, no aceptamos su opinión por las razones que hemos expuesto anteriormente, y nos hallamos conformes con Laurent, el cual, reconociendo también que la jurisprudencia ha acogido la doctrina contraria, observa, con mucho acierto, que la autoridad de la jurisprudencia no tiene eficacia contra la fuerza de los principios, por la razón incontestable de

(1) Demolombe, *De la publication*, tomo I, núm. 106; Merlin, *Répertoire*, v. *Donation*; Frenoy, *Actes passés par le français à l'étranger*, pág. 228; Despagnet, *Dr. int. privé*, núm. 274; Duhaut, *De la règle locus regit actum*, pág. 223; Catellani, *Il Diritto internazionale privato e suoi recenti progressi*, cap. V, núm. 476; Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alle forme degli atti*, cap. IV, núm. 2, pág. 368.

(2) Cass. francesa, 3 Mayo 1815; París, 22 Noviembre 1828 (*Dalloz*, 1829, II, pág. 60); Toulouse, 11 Mayo 1850 (*Dalloz*, 1852, II, pág. 64); Corte de apelación de Florencia, 24 Abril 1888 (*Foro ital.*, 1888, I, página 496).

que las resoluciones de los Tribunales tienen tanto valor doctrinal, cuanto lo tengan los motivos en que fundan la decisión; y si los Tribunales, entendiendo que la regla *locus regit actum* debe aplicarse á las formas, y sin distinguir ni examinar si el punto controvertido concierne á la forma ó á la esencia del acto, se limitan á afirmar que debe aplicarse la regla, porque se trata de una cuestión relativa á la forma del acto, la decisión viene á dejar sin resolver el debate (1).

Frente á la legislación italiana, los jurisconsultos y Tribunales, llamados á resolver la controversia, debieran muy bien examinar si nuestra ley, que exige de un modo absoluto que la declaración de la voluntad, para establecer el *animus donandi*, se haga mediante acto público, regula de este modo la prueba del acto ó su esencia. Tanto más deberían examinarlo detenidamente, cuanto que el legislador establece, de un modo expreso, que sólo las *formas extrínsecas* del acto entre vivos deben determinarse con arreglo á la ley del lugar donde el acto se ejecute. Es necesario, pues, que los Tribunales italianos que quieran considerar como válida la donación hecha por un italiano en país extranjero, mediante escritura privada, ó verbalmente, conforme á la ley vigente en aquel lugar, establezcan en los motivos, que las disposiciones legislativas que conciernen á la declaración de la voluntad, se refieren á la forma extrínseca. Se necesitaría que en los motivos llegasen á demostrar que, aun cuando el legislador italiano ha establecido que respecto á un donante italiano no se puede admitir que tenga intención de donar más que en el caso de que haya manifestado su intención de un modo solemne, no obstante esto, el *animus donandi*, respecto á él, pudo establecerse de una manera diversa. Pero si la ley por que se rige la intención es por su naturaleza eminentemente personal, ¿se podrá invocar la autoridad de la ley extranjera para derogar las disposiciones de la italiana que se refieren á las personas? El legislador dice que no es válida la donación, á no ser que se otorgue por acto público, y que no obliga al donante ni produce efecto, mientras no se haya aceptado, y sólo desde el día en

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, tomo IV, §§ 391 y 392.

que tal aceptación tuvo lugar (arts. 1.056 y 1.057), por medi de acto público. Exige, pues, que la expresión de la volunta se haga en forma solemne; por lo que hace del negocio jurídic, un acto solemne.

No entendemos, pues, cómo lo que se refiere á la existenc del acto jurídico, puede considerarse como una forma extrínse del mismo.

Exagerando el alcance de la regla, y considerando los ele-mentos intrínsecos, ó mejor dicho, los requisitos sustanciales de asunto jurídico, como formas extrínsecas del acto, de acuerd con los antiguos jurisconsultos, y admitiendo que incluso la llamadas formas intrínsecas deben someterse al estatuto de la formas, se llega á conculcar la autoridad de las leyes que ha de regular los hechos jurídicos y los actos de la misma natura-leza. Del mismo modo se podría también sostener que, mientr el Código francés prohibe en el art. 1.097 á los cónyuges fran ceses hacerse donaciones mutuas y recíprocas en el mismo act pueden, sin embargo, realizar tales donaciones en un país e que, conforme á la ley vigente, las donaciones mutuas y recípro-cas, puedan hacerse por los cónyuges en dicha forma. Nos re-ferimos á lo que hemos dicho anteriormente respecto al testa-mento mancomunado, para deducir lo erróneo que sería aplicar de este modo la regla *locus regit actum* (1).

1.722. En ciertos casos, la *lex loci actus* puede despleg su autoridad acerca del valor jurídico de un acto de liberalid realizado por un extranjero, y como tal consideramos el de donación liberatoria, que puede efectuarse mediante la restitu ción voluntaria del título original del crédito, por parte de acreedor al deudor. Dado que, conforme á la ley extranjera, remisión del débito se considere como donación indirecta, y tenga por válida y perfeccionada con la entrega del títu original del crédito, hecha voluntariamente por el acreedor deudor, no podría impugnarse, ciertamente, el valor jurídico la donación que de este modo se realizase, fundándose en la l

(1) Véase lo que se ha dicho anteriormente á propósito del tes-tamento mancomunado en los §§ 1.564 y siguientes.

personal del donante, en la hipótesis de que considerando esta tal relación jurídica como una verdadera y propia donación, exigiese el acto público (1). Más bien se debería aplicar en este caso la regla referente á los actos jurídicos que adquieren su existencia bajo el imperio de una ley determinada, y reconocer, por consiguiente, la autoridad de la *lex loci actus*. La fuerza jurídica de la liberación perfeccionada entre el acreedor y el deudor al amparo de la ley del país donde se realizó el acto jurídico, no podría impugnarse. La restitución del título constituiría, en efecto, la prueba incuestionable de la liberación.

Creemos aplicable el mismo principio en el caso de que la donación hecha en país extranjero estuviere encubierta bajo la forma de contrato á título eneroso, y fuese así considerada válida conforme á la *lex loci actus*, entendiéndose pertinente á la misma, para lo que se relaciona con la forma, la regla relativa á los contratos. En tal hipótesis, se podría con razón, para sostener su validez, invocar la *lex loci actus* ante el Juez del Estado del donante, aun cuando fuese distinta la disposición de la ley personal del mismo. Decimos esto, porque siendo en el caso de que se trata, elemento principal del acto jurídico el contrato ordinario, no se podría desconocer respecto al mismo la autoridad de la ley bajo cuyo imperio fué estipulado entre las partes (2).

Otro caso en que podría atribuírsele autoridad á la *lex loci actus* sería aquel en que se hallaran interesados en la cuestión los terceros. Supongamos, por ejemplo, que un italiano, encontrándose en Austria, hubiera hecho donación verbal de sus cosas muebles, y que hubiese realizado la tradición.

Según los principios expuestos, tal donación no subsistiría entre el donante y el donatario, en virtud de las disposiciones

(1) Los jurisconsultos italianos discuten si para tal donación debe ser indispensable también el acto público. Algunos lo niegan: Ricci, *Diritto civile*, vol. IV, núm. 204; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto civile*, vol. IV, núm. 320; Chironi, *Istituzioni*, § 345; Gianturco, *Istituzioni*, § 77; Fulci, *Studi sulla donazione*, pág. 30. Otros consideran imprescindible el acto público; Ascoli, *Trattato delle donazioni*, cap. V, pág. 370.

(2) Confr. Cass. francesa, 24 Diciembre 1884 (*Journal du Palais*, 1885, I, pág. 124).

sancionadas en los artículos 1.056, 1.057 y 1.070 del Cód. civil italiano y de los principios que hemos sostenido, los cuales excluyen la autoridad de la *lex loci actus*, respecto á la existencia del acto jurídico entre el donante italiano y el donatario. Si, no obstante, el donatario hubiese llevado á Italia las cosas muebles á él donadas y las hubiera transmitido á otros, los terceros de buena fe, en el caso de que la cuestión se discutiese ante el Juez del Estado, podrían, con razón, invocar la *lex loci actus* para sostener que el donatario se considera, en lo que á dichas cosas se refiere, como un verdadero poseedor, y rechazar, por consiguiente, la acción de reivindicación por parte del donante ó de sus herederos, que quisieran impugnar la validez de la donación. Podrían también invocar con razón, ante el Juez italiano, la *lex loci actus* y la máxima sancionada por el patrio legislador en el art. 707 del Código civil, para sostener que la posesión de las cosas muebles produce, á favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título, y que éstos, por tanto, deben considerarse como legítimos adquirentes.

1.723. Otro caso en que debería reconocerse autoridad á la *lex loci actus*, sería el de una donación manual hecha bajo el imperio de la ley territorial.

Supongamos que un extranjero que se haye casado con una italiana, haga á ésta una donación manual en nuestro país, y nazca después la controversia entre ellos acerca del valor jurídico de tal donación. Admitimos que el Juez del Estado pueda fundarse en la *lex loci actus* para decidir acerca de la validez, considerando que la misma ley debe regular el valor del acto jurídico. Con esto no queremos decir que se aplique exclusivamente y en todo caso la *lex loci actus*, y que, por consiguiente, se declare nula la donación manual, cuando, como tal, la tenga la ley del lugar donde se haya realizado.

Más bien sostenemos firmemente, en principio, la regla general. Por lo que, cuando la donación fuese válida, conforme á la ley personal del donante, sería necesario aplicar ésta para decidir acerca de la misma (1) y de la entidad de las cosas mu-

---

(1) Confr. Cour de París, 17 Diciembre 1883 (*Journal du Dr. int. privé*, 1884, pág. 289).

bles donadas, para poder considerar la liberalidad como un don manual. Este es el motivo de que reconozcamos que tuvo razón la Casación de Roma, fundándose en los principios establecidos por la jurisprudencia consuetudinaria en el *ex* Estado pontificio, al considerar como válida, conforme á la misma, una donación manual de gran valor hecha entre ciudadanos de las provincias romanas, antes de que se anexionaran al Reino de Italia (1). Sin embargo, decimos que si, según la ley personal del disponente, se pudiese rechazar la eficacia del don manual y, por el contrario, pudiera sostenerse en virtud de la ley del país donde la liberalidad se haya realizado, se podría invocar, en tal caso, la *lex loci actus* para mantener su eficacia. Los principios sobre la autoridad de la ley respecto á los actos jurídicos, dan fuerza á nuestra opinión.

1.724. Los efectos de la donación, cuando llegue el caso de discutir acerca de los mismos en las relaciones entre donante y donatario, deben regularse conforme á la ley á que ha de someterse la esencia y el contenido del acto jurídico. Se debe, pues, decidir, con arreglo á la misma, cuándo la propiedad de las cosas donadas puede considerarse transferida, cuáles son las acciones que el donatario puede ejercitar contra el donante y sus herederos para obtener la ejecución de la donación, y principalmente, la entrega de las cosas donadas, si el donante está ó no obligado á la garantía, si lo está á la evicción que dependa de hechos suyos personales, y si debe responder sólo del dolo ó de la negligencia, y así sucesivamente (2). También debe decidirse, de acuerdo con la misma ley, si en las donaciones *sub modo ó cum onere*, el donatario está obligado al pago y si existe ó no una verdadera y propia obligación jurídica respecto al gratificado.

(1) Cass. de Roma, 21 Febrero 1880; Attili c. Antonelli (*Giurisprudenza italiana*, 1880, pág. 670).

(2) La obligación de la garantía está regulada por el Derecho civil italiano en el artículo 1.077. En el Código francés falta la disposición expresa, pero los jurisconsultos deducen la regla de los principios; confr. Aubry y Rau, VII, pág. 392, arts. 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º Confr. Código civil español, art. 638; Código germánico, 521.

Cuando, conforme á la *lex rei sitae*, se requiriese la tradición para hacer efectiva la donación, no se puede dudar de que las disposiciones por ella sancionadas deberían observarse; esto lo decimos en virtud del principio general de que las prescripciones sancionadas por la *lex rei sitae,* para hacer efectiva la transmisión del dominio, deben desplegar su autoridad respecto á las cosas que se encuentran en el territorio sobre que impera la ley, bien pertenezcan á ciudadanos, bien á extranjeros. También debe decidirse conforme á ellas, acerca de las consecuencias que pueden derivarse de la omisión de la transcripción del acto de donación.

Por consiguiente, si en virtud de la *lex rei sitae*, para admitir la acción real por parte del donatario respecto á la cosa donada, se considerase indispensable que se hubiese hecho la tradición, salvo siempre la acción personal por su parte contra el donante y sus herederos para la ejecución de la donación, será necesario atenerse á la misma *lex rei sitae* para decidir si compete al donatario la acción real, y para determinar los requisitos imprescindibles para su ejercicio.

Cuando el donante pudiese, merced á su ley personal, hacer valer el *beneficium competentiae* (1), tal derecho no podría negársele, aun cuando la ley del lugar donde la donación se hubiese hecho, ó la del donatario, dispusieran lo contrario. La razón estriba en que por una parte, lo que se refiere á dicho beneficio tiene relación con la esencia de la donación, y por otra, no se puede por menos de admitir que tal beneficio, por su naturaleza, debe considerarse personal, y subordinarse, por lo tanto, á la ley personal del donante.

Lo mismo debería decirse en la hipótesis de que el donante tuviese, conforme á la ley, el derecho de obtener una prestación

---

(1) Tal beneficio se admitió en el Derecho romano, á consecuencia de un rescripto de Antonino Pío, que acordó que el obligado *donationis causa*, no pudiese ser condenado á la prestación de la cosa donada, más que cuando satisfechas todas sus demás deudas quedase lo suficiente para vivir. L. 12, 33 Dig. de donat., XXXIX. Esta disposición se encuentra también en el Código del Imperio germánico, en el art. 519.

del donatario, en el caso de que posteriormente le faltasen los medios necesarios para su subsistencia.

Según el Código austriaco, art. 947, si el donante después de hacer la donación llegase á la indigencia, hasta el punto de faltarle los medios necesarios para vivir, tendrá el derecho de exigir cada año al donatario los intereses legales de las cosas donadas, teniendo en cuenta su valor actual, si existen todavía. No puede dudarse de que si un austriaco hiciese una donación á un italiano y después se hallase en la miseria, podría invocar legalmente la aplicación del mencionado artículo 977, y el Juez del Estado tendría necesidad de aplicarlo, aunque la ley italiana no impusiera al donatario tal obligación, y la donación haya sido hecha y aceptada en Italia. En tal hipótesis, no podría aducirse que habiendo aceptado la donación bajo el imperio de la ley italiana, ésta debería regular, en las circunstancias imaginadas, las obligaciones del donatario derivadas del hecho de la aceptación, y que, por consiguiente, éste no está obligado más que á prestar al donante los alimentos legalmente debidos (1). Por el contrario, con más razón se debe observar que así como la esencia y los efectos de la donación se regulan por la ley nacional del donante, también es menester referirse á la misma para determinar los efectos de la donación aceptada, y no á la vigente en el país donde la aceptación viniera á realizarse.

Debe siempre tenerse presente en esta materia el principio general que concierne á los efectos de todo contrato, esto es, que los efectos naturales que se derivan, deben determinarse conforme á la ley que ha de regular el contrato mismo; y considerando que las relaciones contractuales que nacen de la donación se regulan entre las partes contratantes por la ley nacional del disponente, es necesario tener esta ley como reguladora de las relaciones contractuales y de los efectos que se deducen del acto jurídico que toma existencia mediante el recíproco con-

(1) Esto se deduce del art. 1.081 del Código civil. Según el Código alemán, el donante puede, en caso de pobreza, pedir la restitución de la cosa donada, y el donatario no debe excusarse de esta obligación más que costeando la manutención de aquél. (Art. 528).

sentimiento. La ley personal del donante debe considerarse como parte integrante de la estipulación, siendo preciso admitir los efectos que de ella se derivan, conforme al principio de Laterbac: *Ea enim quae auctoritate legis vel consuetudinis contractuum comitantur eidem adherent, naturalia á doctoribus apellantur. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit. Atque quoad naturalia contractuum etiam forenses statuta loci contractus observare debent* (1).

Con los mismos principios debe resolverse la cuestión, en el caso de que la donación se haga bajo la condición de que el donatario pague las deudas del donante. A este particular se deberá también aplicar la ley personal del donante para decidir ante todo acerca del valor de la condición, y para determinar además cómo debe especificarse el gravamen del pago de las deudas, á fin de que sea obligatorio para el donatario. Sólo en el caso de que la carga grave la cosa donada (hipoteca, censo), el donatario estará obligado en virtud de la *lex rei sitae*, puesto que la obligación nacerá merced á la misma *ex re*, y encontrará su fundamento en la condición y en la naturaleza de los bienes donados.

1.725. Consideramos oportuno advertir que los principios expuestos deben sufrir razonables limitaciones siempre que intervengan los intereses de los terceros, y éstos se hallen en situación de invocar la ley que debe regular sus relaciones con su acreedor, para sostener sus razones. Así, por ejemplo, debe establecerse en el caso de que exista un acreedor italiano de un donante extranjero que pudiese promover la acción ante el Juez del Estado, para impugnar en *nombre propio* la donación hecha por su deudor extranjero, encubierta bajo la forma de un contrato á título oneroso. En el supuesto de que el acreedor italiano no pudiese instar legalmente la acción pauliana ante el Juez del Estado, podría con razón pedir la aplicación del art. 1.235 de nuestro Código civil, y el Juez del Estado debería aplicarle cualquiera que fuese la disposición relativa á tal acto, conform

(1) *Disert.*, 104; Par. III, núm. 58, citado por Boullenois, *Observ.*, página 460.

á la ley extranjera reguladora de la sucesión. Decimos esto fundándonos en el principio general de que toda disposición legislativa que defiende los derechos de los terceros, tiene autoridad territorial, así como las que protegen los derechos de la colectividad y los intereses sociales. Nuestra ley que trata del fraude y que atribuye al acreedor el derecho de impugnar en nombre propio los actos de liberalidad que el deudor haya realizado en fraude de aquél, tiene indudablemente el carácter de ley de policía y de orden público, por lo que su autoridad territorial, hasta respecto á los actos de liberalidad verificados en país extranjero, no puede negarse.

1.726. La donación, conforme á las leyes de los diversos países, puede ser revocada en ciertas circunstancias determinadas por el legislador, pero no están de acuerdo tampoco en este particular las disposiciones legislativas.

El legislador germánico establece en el Código para el Imperio (art. 528), que cuando el donante, después de realizada la donación, se encuentre en tales circunstancias que no pueda subvenir á su sostenimiento conforme á su estado, ni satisfacer la obligación en que se halla, según la ley, de mantener á sus parientes, á su cónyuge ó ex cónyuge, puede pretender del donatario la restitución de la cosa donada, con arreglo á las prescripciones sobre la restitución en el caso de un injustificado enriquecimiento. Sin embargo, con esto el legislador no establece una evocación verdadera y propia de la donación, supuesto que tribuye al donatario la facultad de sustraerse á la restitución agando la cantidad necesaria para la manutención.

No puede dudarse que en el caso de una donación hecha por n ciudadano del Imperio germánico á un italiano, y aceptada or éste, se debería aplicar la disposición del citado artículo, á esar de que la aceptación se hubiera verificado en Italia, y de ue en este país estuviesen los bienes donados; siempre, es claro, ue la cuestión se ventilara entre donante y donatario, y que no tervinieran los intereses de los terceros. En efecto, no podría dearse de aplicar la ley nacional del disponente, que debe regular esencia de la donación entre donante y donatario, y la cirunstancia de encontrarse en Italia los bienes donados y de ha-

berse celebrado en dicha nación la aceptación, no modificaría la autoridad de la ley reguladora.

Sin embargo, si la donación de los bienes existentes en Italia estuviese debidamente transcrita, conforme á cuanto dispone el patrio legislador en el artículo 1.932, y los terceros hubieran, conforme á su ley territorial, adquirido derechos sobre las cosas donadas, estos derechos no podrían invalidarse, ni tampoco sería eficaz, ciertamente, la acción del donante que reclamase la restitución de la cosa donada. Se debe admitir solamente que el donatario italiano podrá ser condenado á la prestación de los alimentos, y esto en virtud de los principios generales de derecho, y por la consideración también de que nuestra ley, que impone al donatario respecto al donante (1) la obligación de los alimentos debidos, debe considerarse como una ley de orden público.

La revocación verdadera y propia que produce el efecto de la resolución del acto jurídico, y que reduce á la nulidad la transmisión de los bienes efectuada mediante la donación, puede ser efecto, ó de la condición resolutoria impuesta á la estipulación, ó de la condición resolutoria tácita que debe considerarse que acompaña de pleno derecho al contrato de donación, siempre que así resulte de las expresas disposiciones de la ley. Respecto á la condición resolutoria expresada en el acto de la estipulación, es claro que se le debe aplicar la ley reguladora de la donación para determinar la forma en que ha de funcionar y los efectos que puede producir entre las partes contratantes (2). Inmediatamente nos ocuparemos de sus efectos respecto á los terceros.

La revocación que puede realizarse de derecho pleno en virtud de la condición resolutoria sancionada por la ley, debe regularse conforme á la ley á que se subordina la esencia de la

(1) Se deduce del art. 1.081.

(2) Los jurisconsultos franceses sostienen que hasta para la revocabilidad ó irrevocabilidad de la donación se debe aplicar la *lex rei sitae*, en la donación inmobiliaria, y la del domicilio del donante para la mobiliaria. Confr. Aubry y Rau, *Código civil*, t. I, § 31, página 101.

donación, siempre, bien entendido, en las relaciones entre las partes contratantes.

La ley italiana sanciona la revocación de la donación, por efecto de la condición resolutoria, por causa de ingratitud y por que sobrevengan hijos (1). El patrio legislador, no obstante, concede la facultad condicionada de revocar la donación, pero no considera la revocación como consecuencia necesaria de realizarse la condición.

Los legisladores de los demás países regulan esta materia con algunas variaciones (2), pero no estamos en el caso de exponer todas las diferencias que existen.

1.727. Queremos insistir en lo que se refiere á la condición resolutoria por sobrevenir hijos, que presenta notables diferencias. Tal circunstancia no se halla prevista en todos los Códigos, pues no la considera como causa de revocación, el Código del Imperio germánico. Con arreglo á otros Códigos, puede ser tal causa de revocación cuando está así expresamente estipulado, como sucede con el Código de Chile. En los que se halla admitida, se rige también de un modo diverso, pero nos basta poner de relieve las diferencias que existen entre el Código italiano y el francés, para discurrir acerca de los conflictos que pueden nacer á causa de la diversidad de las disposiciones del Derecho positivo.

Según el Código italiano, la revocación porque sobrevengan hijos, es un derecho personal, una simple *facultad* atribuída al donante, el cual puede aprovecharla, presentando una demanda en que declare que quiere valerse de la facultad que le compete, según la ley (3). De lo que se deduce que la revocación no puede producir sus efectos más que desde el día en que se pide, y afecta á las cosas donadas en el estado en que se hallan cuando se interpone la demanda (4) y se registra, sin que se

(1) Art. 1.078, 1.087.

(2) Confr. Código francés, art. 953 y sig.; del Imperio germánico, 590; español, 644 y sig.; portugués, 1.482 y sig.; holandés, 1.725 y sig.; de Zurich, 431 y sig.; chileno, 1.424, y mejicano, 2.633 y siguientes.

(3) Art. 1.083.

(4) Art. 1.089 del Código civil italiano.

perjudiquen los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles, con anterioridad á la transcripción de la demanda de revocación (1). El legislador establece también que la acción de revocación por sobrevenir hijos, prescribe á los cinco años computables desde el día en que nació el último de ellos.

El legislador francés, de un modo opuesto, reproduciendo con ligeras modificaciones (2) la disposición sancionada en el artículo 39 y siguientes de la Ordenanza de 1731, establece que la donación se revoca de pleno derecho por el nacimiento de un hijo legítimo del donante, aunque sea póstumo, ó por la legitimación de un hijo natural por subsiguiente matrimonio (3); que la revocación que se efectúa *ipso jure*, anula la donación *ex tunc* y por lo tanto hace que vuelvan los bienes al patrimonio del donante libres de todo gravamen ó hipoteca (4).

El legislador excluye toda prescripción para el ejercicio de la acción, no admitiendo otra excepción, por parte del donatario ó sus herederos que se encuentren en posesión de las cosas donadas, que la prescripción de treinta años; por lo que la acción para que el Juez declare realizada la revocación de pleno derecho, es ejercitable durante este lapso de tiempo.

1.128. ¿Qué carácter debe atribuirse á las leyes que regulan la revocación de la donación por el advenimiento de hijos?

Algunos han creído que deben tener el carácter de leyes de orden público, y que como tales, gozan de la autoridad de estatuto real, porque rigen en definitiva la facultad de disponer de los bienes, y sancionan las limitaciones, en lo que se refiere á los bienes de que se puede disponer por donación (5).

Siguiendo tal orden de ideas, es necesario admitir que la disposición del art. 960 del Código civil francés debería aplicarse para reducir á la nulidad la donación que hiciese un ...

(1) Arts. 1.088 y 1.933 del Código civil italiano.

(2) A fin de que la legitimación del hijo natural pueda ser motivo de revocación, se requiere que *haya nacido* después de la donación; en lo cual, el Código civil modificó la Ordenanza de 1731.

(3) Art. 960 del Código civil francés.

(4) Art. 963 del Código civil francés.

(5) Confr. Brocher, *Droit int. privé*, pág. 345, núm. 141.

tranjero de sus bienes inmuebles existentes en Francia, aun cuando según su ley personal, la circunstancia de que hubieran sobrevenido hijos, no se considerase como condición resolutoria. También habría que admitir que la revocación tendría lugar de pleno derecho, conforme á cuanto establece el legislador francés, á pesar de que, según la ley personal, se reconociera y respetase la autonomía del donante, dejando á su poder discrecional la facultad de revocar ó no la donación hecha.

No admitimos tal teoría, hallándonos en esto de acuerdo con Laurent (1), y creemos que todo lo que se refiere á las causas de revocación conforme á la ley, debe ser regulado por la que rija la esencia del acto jurídico y las relaciones contractuales que de él nacen. En efecto, no puede sostenerse que tal materia afecte al orden público ni á la condición de los bienes, para admitir la autoridad de la ley territorial. Aun admitiendo que la revocación de la donación con motivo del advenimiento de los hijos, se deba considerar fundada en el justo concepto de proteger el orden de las familias y de proveer á la conservación de los bienes en interés de los descendientes legítimos, no se puede llegar hasta el punto de atribuir autoridad *erga omnes* á la ley territorial, porque no puede sostenerse con argumentos bien fundados, que á ésta competa la organización de la familia extranjera y la conservación de los bienes en interés de los hijos de los extranjeros.

La condición resolutoria en las relaciones contractuales, depende de la libre voluntad de las partes, y debe someterse á la ley del contrato. En éstos, pues, debe sobreentenderse siempre la condición resolutoria tácita, la cual, sin embargo, dependerá y se determinará por la ley á que se sujeten las relaciones contractuales, supuesto que esta ley es la que debe tenerse como parte integral del acuerdo efectuado por las partes mediante su recíproco consentimiento. Ahora bien, después de haber demostrado de un modo concluyente que la ley reguladora de las relaciones contractuales á que se da existencia por la donación, debe ser la ley personal del disponente, resulta terminante, á

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, vol, VI, núm. 291 y siguientes.

nuestro modo de ver, que se debe admitir que dicha ley se considere como parte integrante de la voluntad de las partes que realizaron el acto, y que, por lo tanto, conforme á ella exclusivamente se determinarán y establecerán las condiciones resolutorias tácitas y las impuestas por el mismo legislador, considerándolas como si hubiesen formado parte de la estipulación.

Lo que dejamos dicho es aplicable á toda clase de condiciones, tanto á las que llevan consigo la resolución de la donación por causa de ingratitud, como á las que producen dicho efecto á causa del incumplimiento por parte del donatario de las cargas que le impuso el donante, como á la del advenimiento de un hijo, suponiendo que la ley la considere como motivo de resolución. Es cierto que aunque tal motivo no esté previsto por la ley, no puede prohibirse al donante hacer la donación bajo tal condición resolutoria expresa. Aparece, pues, claro, que cuando el legislador ha previsto tal circunstancia como motivo de resolución, si se observa que la donación debe considerarse sometida á la autoridad de tal ley, no se puede negar que el advenimiento de los hijos se estime tácitamente establecido entre donante y donatario como condición resolutoria; y que tal condición tácitamente estipulada entre las partes, debe entenderse consentida por aquella ley. Por lo que deberá decidirse, conforme á la misma, si la adveración de la condición puede ocasionar la revocación de pleno derecho, ó subordinarla á la voluntad del donante, y si ha de considerarse establecido un término para el ejercicio de la acción, cuál sea este, y así sucesivamente.

En realidad, las reglas sancionadas por la ley territorial acerca de la adquisición de la cosa donada mediante la prescripción, deben tener siempre una autoridad preferente; y por tanto, siguiendo nuestro orden de ideas, también en la hipótesis de la donación hecha por un francés de sus inmuebles existentes en el extranjero, siempre que el donatario que los hubiera poseído y los posea pudiera alegar la prescripción de diez años, la cual conforme á la *lex rei sitae* se considerase suficiente para la adquisición por prescripción, se podría sostener que, habiendo establecido nosotros, en principio, que la ley reguladora de la

donación debe ser la personal del donante, y teniendo presente que, conforme á la ley francesa, puede ejercitarse la acción en el término de treinta años, en tal período de tiempo, el donante ó sus herederos podrían ejercitar la acción. Por el contrario, debe prevalecer el más justo principio de que para la prescripción adquisitiva de los inmuebles, todo dependerá de la *lex rei sitae.*

La ley de la donación puede desplegar su autoridad propia en cuanto establezca la prescripción de la acción, porque el término de la acción se refiere al ejercicio del derecho, y por consiguiente, la prescripción, respecto al plazo, forma parte integrante del derecho mismo; por lo que debe depender de la ley que ha de regular el acto jurídico á que el derecho se refiere. En efecto, es necesario considerar que cuando el legislador dice que la acción revocatoria prescribe en el término de cinco años, es lo mismo que si dijera que el derecho de revocar la donación no subsiste más que durante el período de cinco años, de donde se aplicará respecto á este particular, la ley á que debe someterse la esencia y el contenido del acto jurídico, ya que no se trata de los bienes.

En virtud de los principios expuestos, sostenemos que un italiano que haya donado á un francés sus propios bienes inmuebles existentes en Francia, no podrá pedir la revocación á causa del advenimiento de hijos, más que en el término de cinco años, y que en vano invocaría la disposición del artículo 966 del Código francés y la circunstancia de que los bienes inmuebles donados se encontraban en Francia, para sostener que no habiendo poseído el donatario los bienes donados durante el período de treinta años, no puede repeler su acción alegando la prescripción, ya que ésta se regula por la ley territorial. Es cierto que debe aplicarse la ley territorial en materia de prescripción, pero sólo cuando se trate de la adquisitiva, no cuando se trate de la prescripción de acción.

1.129. Veamos ahora cómo deben decidirse las controversias relativas á la donación, cuando se litiguen intereses de terceros.

Hemos repetido y sostenido varias veces que, toda disposición de ley que defienda los derechos de los terceros, regula y

vigila no ya los derechos privados de las partes, sino más bien los de la colectividad, por lo que las disposiciones de que hablamos, forman parte del derecho público territorial y deben desplegar su autoridad en el Estado *erga omnes*, lo mismo que toda ley emanada del Soberano que protege los intereses y derechos sociales. Manteniendo resueltamente esta máxima y haciendo aplicación de ella á la donación, es indispensable observar, en principio, que las disposiciones de ley que en este asunto regulan y velan por los derechos de los terceros, deben tener autoridad territorial en toda cuestión en que intervengan intereses de los terceros.

La donación, cuando llega á perfeccionarse conforme á su ley reguladora, lleva consigo la transmisión de la propiedad de la cosa donada, al donatario que la ha aceptado; por lo que como esta deja de formar parte del patrimonio del donante y comienza á formarla de el del donatario, cesa de ser una garantía de los acreedores del donante y comienza á serlo de los del donatario. Efectivamente, compete al acreedor considerar los bienes de su deudor como garantía común de sus créditos contra él. Puede ocurrir que los bienes que hayan sido objeto de la donación, se encuentren en país extranjero, y que los acreedores del donatario vengan á contender con los del donante ó con los sucesivos adquirentes de la cosa donada. ¿Qué ley debe desplegar su propia autoridad para resolver el conflicto? ¿Podrá en este caso atribuirse autoridad preferente á la ley encargada de regular el acto jurídico y la transmisión realizada en virtud de la donación?

Según la ley italiana, la transferencia de la cosa mediante la donación, se hace efectiva entre las partes cuando el convenio se ha perfeccionado; pero no tiene eficacia respecto á terceros, tratándose de inmuebles ó derechos reales, más que desde la inscripción del acto de la donación (art. 1.932 del Código civil); tratándose de bienes muebles por su naturaleza, ó de títulos al portador, desde que el donatario se halle en posesión de la cosa donada (art. 707); y la fecha de la posesión concedida al donatario de buena fe, es la que, respecto á los donatarios sucesivos, sirve para computar la transmisión eficaz en lo que

se refiere á los terceros (art. 1.126); tratándose de créditos, la transferencia no es efectiva respecto á terceros hasta que se notifica al deudor la cesión del crédito, realizada mediante la donación hecha por el donante acreedor (art. 1.539).

Tales disposiciones tendrían, sin duda, un valor decisivo, en la hipótesis de que un donante extranjero hubiese donado un inmueble existente en Italia, una cosa mueble, títulos al portador localizados en Italia en el momento en que se realizó la donación, ó un crédito exigible en Italia. En el caso de que los acreedores del donante intentasen proceder contra los bienes donados, y de que naciese el conflicto entre los acreedores, el donatario y los sucesivos adquirentes, el Juez del Estado tendría que aplicar nuestra ley para decidir si puede ó no considerarse fundada en conformidad con ella la acción del acreedor del donante, y si respecto á éste la cosa donada debe considerarse aún en su patrimonio, más bien que en el del donatario.

En vano, por ejemplo, se invocaría ante el Juez del Estado la ley extranjera reguladora de la donación, para sostener que en el caso de donación de un crédito exigible en Italia, perfeccionada la transmisión por el contrato de donación seguido de la entrega del documento ó del título al portador, el donatario y sus acreedores deben ser preferidos á los del donante, porque según la ley extranjera, bajo cuyo imperio la donación del crédito se hizo perfecta, la notificación no se requería, y que la transferencia del crédito se perfeccionó y es eficaz mediante la entrega del documento.

Tal ley desplegaría indudablemente su autoridad, si la cuestión naciese entre el donante y el donatario, puesto que es la que debe aplicarse para regular las relaciones contractuales nacidas y perfeccionadas entre aquéllos, mediante la donación; pero no podría igualmente desarrollar su propia autoridad si se tratase de disminuir ó invalidar los derechos adquiridos por los terceros, en virtud de la ley del Estado del Juez. La ley extranjera no podría, pues, derogar lo que establece el legislador italiano en los arts. 1.948 y 1.949 para regular la garantía común de todos los acreedores respecto á sus deudores, ni el 1.539, mediante el cual se excluye todo derecho del cesionario del cré-

dito respecto á los terceros, si no se había notificado al deudor la cesión efectuada, ó el deudor mismo no la había aceptado por acto auténtico.

Cualquiera forma de publicidad sancionada por el legislador del Estado para hacer efectiva la transmisión *erga omnes*, debe considerarse como una disposición de orden público, y concedérsele la autoridad de estatuto real, porque vela por los derechos y los intereses sociales.

1.720. Hemos dicho que las leyes de algunos países consienten que se haga la donación bajo condición de ser revertida, y añadimos que esta condición podría imponerse expresamente en el acto de la donación, sin que sea dable prohibir al donante que imponga á la liberalidad que hace todas las condiciones posibles y lícitas que no sean real y verdaderamente condiciones potestativas. Ahora bien, dado que un extranjero haya donado así las cosas existentes en Italia, y que habiendo muerto antes el donatario que el donante, éste promueva ante el Juez del Estado la acción de reversión de los efectos donados, este derecho que le pertenece no puede negarse en virtud de cuanto se estipuló. No obstante, la disposición del art. 1.072 del Código civil italiano, en cuanto deja á salvo los derechos de los terceros, debería aplicarse cualquiera que fuese la disposición de la ley extranjera, ó la forma del pacto expresamente estipulado.

El patrio legislador establece que, al verificarse la condición de reversión, la donación se resuelve *ex tunc*, y que quedan por lo tanto anuladas las enajenaciones hechas por el donatario y las hipotecas que él concediese sobre la cosa donada. Sin embargo, si el donatario hubiese celebrado matrimonio, ó tuviera inscrita una hipoteca en favor de su mujer, como garantía de la dote y de los beneficios dotales, en el caso de que los demás bienes del donatario no fuesen suficientes, quedará á salvo el derecho de la mujer. Ahora bien, supongamos que el donatario que haya aceptado la donación, hecha por un extranjero, de bienes inmuebles existentes en Italia, se case con una italiana, y ofrezca aquellos en garantía de la dote; dado que la donación extranjera pueda anularse por la condición de ser revertible, sería necesario aplicar la disposición del mencionado

artículo para decidir acerca de los derechos de la mujer, aunque se tratase de donación sujeta á la ley extranjera que no dispusiera de acuerdo con la italiana.

Así también debería aplicarse la ley territorial en la hipótesis de que la cosa donada, pendiente la condición de reversión, hubiese sido enajenada por el donatario, para decidir si el adquirente, que en tales circunstancias vendría á ser un tercero poseedor, podía aducir el derecho de haber adquirido la cosa mediante prescripción, y para decidir toda contienda respecto á dicho adquirente en consideración á las condiciones requeridas para que se tenga por efectuada la prescripción.

1.781. Igualmente hemos dicho que la donación puede revocarse por haberse realizado la condición resolutoria sancionada por la ley, y bajo este aspecto, aun reconociendo la autoridad de la ley reguladora para determinar los efectos de la revocación entre donante y donatario, es indispensable, sin embargo, someterse á la autoridad de la ley territorial, en cuanto regula y protege los intereses de los terceros.

Conforme al Código civil italiano, por ejemplo, se debe admitir que el donante extranjero puede pedir la revocación de la donación por el incumplimiento de los gravámenes impuestos al donatario bajo condición resolutoria; sin embargo, el patrio legislador dispone, que deberán quedar á salvo los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles con anterioridad á la transcripción de la demanda de revocación; el art. 1.933 establece que la demanda de revocación de la donación debe ser transcrita, y el artículo 1.942 dispone que hasta que la demanda no se haya transcrito, no produce efecto alguno respecto á los terceros que por cualquier título hubiesen adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble.

No puede dudarse, por lo tanto, que cualquiera que sea la disposición de la ley extranjera, cuando se discutan intereses de terceros sobre las cosas objeto de la donación colocadas bajo el imperio de la ley italiana, ésta debe ser la que se aplique para decidir si los derechos por aquéllos adquiridos respecto á las cosas donadas, pueden ó no negarse. Así, pues, si se tratase, por ejemplo, de la donación hecha por un alemán á un

italiano, y el donante á quien compete esta facultad, queriendo pedir la revocación de tal donación por haberse hecho el donatario culpable de ingratitud (1) hubiera legalmente citado al donatario italiano ante un Tribunal del Imperio, y por consecuencia de la declaración de aquél contra el donatario, se revocase la donación; dado que las cosas objeto de la donación se hallasen en Italia, aquel Tribunal podría, sin duda, declarar ejecutiva la sentencia contra el donatario, para obligarle á restituir las cosas donadas (2). Pero si los terceros tuviesen, en virtud de nuestras leyes, derechos adquiridos sobre los inmuebles existentes en nuestro país, tales derechos legalmente adquiridos y legalmente conservados, deberían ser protegidos merced á lo que dispone el soberano territorial. Por consiguiente, cuando el donante alemán no hubiera observado cuanto se prescribe acerca de la transcripción de la demanda y de la sentencia resolutoria en los artículos 1.933 y 1.944 del Código civil, no podría invocar eficazmente la ley del Imperio germánico para derogar en su virtud las normas sancionadas por la ley territorial.

Suponiendo que los terceros hubieran adquirido legalmente derechos reales antes de la transcripción de la demanda de revocación ó antes de la transcripción de la sentencia que pronunció la devolución de la donación, tales derechos deberían respetarse con arreglo á lo que dispone la *lex rei sitae*.

Los mismos principios deberán tenerse presentes en el caso de que la donación se revoque porque sobrevengan hijos.

El Código francés prefiere el derecho del donatario al de los terceros, admitiendo en el art. 963 un principio muy distinto del consagrado en el 958, que se refiere á la revocación por causa de ingratitud. La revocación por advenimiento de hijos tiene lugar, conforme al Código francés, de pleno derecho. Observemos, no obstante, que como es indispensable la sentencia del Juez, que afirme la revocación de pleno derecho, si se tratase de inmuebles existentes en Italia, la sentencia debería transcribirse para sus efectos, respecto á los terceros, conforme á

(1) Art. 530 del Código germánico.
(2) Art. 531 del Código germánico.

artículo 1.932 del Código civil italiano, y quedarían á salvo los derechos legalmente adquiridos por éstos antes de la transcripción de la sentencia.

1.782. La reducción de la donación puede tener lugar solamente cuando se abra la sucesión de quien dispuso de sus bienes por acto entre vivos, y es un derecho que se les atribuye á los herederos legítimos, como hemos dicho anteriormente (1). Es natural que como tal derecho encuentra su fundamento en el derecho hereditario, mejor dicho, es una garantía legal del derecho mismo, debe fijarse y regularse por la ley á que está sometida la sucesión, y conforme á la cual ha de determinarse la parte de los bienes reservada á cada uno de los herederos legítimos, y la cuota de los de que cada uno puede disponer á título gratuito, mediante actos entre vivos ó de última voluntad. Recordamos, pues, lo que hemos dicho á propósito de la acción de reducción como derecho competente á los reservatarios (2).

Del mismo modo llamamos la atención acerca de lo que dijimos anteriormente respecto á la obligación de la colación, á la cual está obligado el donatario que concurre con los demás herederos á la sucesión del disponente (3). Tales cuestiones conciernen en realidad al derecho hereditario, y deben entenderse sometidas á la ley que ha de regularle.

Sólo pretendemos advertir aquí que en el caso de que las cosas donadas se encuentren en país extranjero, y de que los terceros hubiesen adquirido derechos sobre ellas, es necesario también tener presente la *lex rei sitae* para decidir respecto al

(1) Confróntese § 1.669.

(2) Confróntese §§ 1.592 y 1.593.

Advertimos que, según la jurisprudencia francesa, el derecho de reducción de las disposiciones á título gratuito hechas por el *de cujus*, se entiende sometido á la ley francesa, siempre que un francés esté interesado, como heredero, en la sucesión. Por lo que se considera aplicable el art. 1.098 del Código civil francés, que limita la parte disponible entre los esposos, en el caso de la sucesión de un suizo, á la cual concurrían herederos franceses. Trib. de Lyon, 19 de Noviembre de 1880. (*Journal de Dr. int. privé*, 1882, pág. 419).

(3) Confr. § 1.669 y siguientes.

ejercicio de la acción de reducción de las donaciones en sus relaciones con los terceros, detentadores de los inmuebles donados.

El legislador italiano establece en el art. 1.095, que en el caso de reducción de la donación, los inmuebles que han de recobrarse, estarán libres de toda deuda é hipoteca contraída por el donatario (1). En el artículo siguiente se dispone que la acción de reducción puede promoverse por los herederos contra los terceros, detentadores de los inmuebles que sean parte de la donación, enajenados por el donatario, en la forma y en el orden mismo con que podría promoverse contra los donatarios.

¿Se podrá sostener, quizá, que si la ley extranjera dispusiera de modo diverso, el heredero legítimo puede promover, sin otro fundamento, la acción contra aquel que detiene en Italia los bienes donados? Supongamos que según la ley extranjera reguladora de la sucesión, el heredero legitimario no está obligado á proceder contra el donatario, que es su deudor principal; ¿se podrá, por ventura, invocar tal ley para sostener la acción contra el tercero, detentador de los bienes donados existentes en Italia? No, ciertamente. En efecto, considerando que según la *lex rei sitae* el tercer poseedor tiene el derecho de oponer al heredero legítimo una excepción válida, consistente en el deber de proceder antes contra los bienes del donatario, no dudamos de que esta excepción, fundada en la ley territorial debe considerarse eficaz por el Juez del Estado para reconocer el derecho del adquirente del inmueble donado para repeler la acción del heredero legitimario que no haya procedido antes contra los bienes del donatario. Tal acción, en efecto, debe considerarse, conforme á nuestra ley, como una condición para la admisibilidad de la acción por parte del heredero.

Decimos esto, amparándonos siempre en el principio general de que el hecho jurídico de la adquisición de un derecho real sobre un inmueble situado bajo el imperio de una ley determinada, hace aplicable la *lex rei sitae*, que protege el mismo derecho perteneciente al adquirente ó al detentador de un in-

(1) Están conformes los arts. 929 y 930 del Código civil francés

mueble, que es un tercero respecto al que ejercita la acción. La ley extranjera que ha de regular los derechos hereditarios y regir las acciones que corresponden á los coherederos en sus relaciones como tales, no puede, desde luego, menoscabar el derecho del adquirente que no sostiene su derecho como heredero, sino como tercero, y en su propio nombre, fundándose en la ley territorial bajo cuyo imperio adquirió el derecho real.

Así también, si el tercero detentador, para impedir la entrega, tiene el derecho, conforme á la *lex rei sitae*, de rechazar la reivindicación, pagando inmediatamente lo que el heredero legítimo pueda reclamar, tal facultad no podrá ser negada, en virtud de cuanto establece la ley reguladora de la sucesión.

Semejantes principios no pueden negarse, á causa del sistema de la legislación italiana, que reconoce la autoridad de la ley reguladora de la sucesión respecto á los bienes del *de cujus*, de cualquiera naturaleza y donde quiera que se hallen situados; porque hemos dicho cómo debe entenderse la disposición sancionada en el art. 8.° del título preliminar del Código civil italiano, siempre que la ley de la sucesión se encuentre en oposición con la *lex rei sitae* (1).

En virtud de los mismos principios, es necesario admitir que aun cuando, según nuestra ley y la francesa, la acción de reducción tenga carácter personal y real, en el sentido de que hace volver las cosas libres de cualquiera hipoteca constituída por el donatario, merced á la disposición sancionada por el patrio legislador en el art. 1.095, no se tendría razón para menoscabar la hipoteca adquirida sobre el inmueble donado y existente en el extranjero, siempre que con arreglo á la *lex rei sitae* se negase tal efecto real contra el tercero, en cuyo favor constituyó la hipoteca el donatario. Del mismo modo, si la ley territorial excluyese la acción de reivindicación contra el tercero que hubiese adquirido la cosa donada de buena fe, tal disposición debería respetarse, á pesar de lo que en oposición establezca nuestra ley en el art. 1.096.

---

(1) Véase lo que hemos dicho anteriormente respecto á la interpretación racional del art. 8.°, § 1.305 y siguientes.

1.788. Consideramos oportuno hacer notar que el legislador italiano sanciona una regla especial en el art. 1.311, que dice: «La confirmación, ratificación ó ejecución voluntaria de una donación por parte de los herederos ó de los causahabientes del donante, después de la muerte de éste, implica la renuncia de aquéllos á alegar vicios de forma ó cualquiera otra excepción» (1).

No dudamos, desde luego, que debe admitirse la autoridad de tal disposición en el caso de que la ejecución voluntaria de la donación, irregularmente hecha por un extranjero, tenga lugar en nuestro país por parte de los herederos extranjeros ó causahabientes del donante extranjero. En efecto, nos parece que el patrio legislador ha querido regular por medio de la disposición de que hablamos, los efectos legales del hecho jurídico realizado bajo el imperio de su ley, y sostenemos que debe tener autoridad en tales circunstancias el principio general de que la ley que se ocupa de un hecho jurídico en sí mismo considerado, y que lo regula, no en interés de los particulares, sino por los conceptos de orden moral que estime más justos el legislador, forma parte de las leyes de orden público territorial, y como tal debe extender su autoridad *erga omnes*.

(1) Está conforme con el art. 1.340 del Código civil francés.

FIN

ÍNDICE DE MATERIAS

Páginas.

LIBRO V

DEL DERECHO DE SUCESIONES

(Conclusión)

CAPÍTULO XI

Del testamento y de su forma.

CAPÍTULO XII

Del valor jurídico del testamento.

CAPÍTULO XV

De la división de la herencia.

CAPÍTULO XVI

De los impuestos sobre las sucesiones.

CAPÍTULO XVII

De la donación.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA OBRA

(El número romano indica el tomo de la obra; el primer número arábigo la página, y el segundo y último, que va en carácter más grueso, expresa el párrafo, evitando de este modo la continua repetición de las abreviaturas correspondientes á las palabras *tomo*, *página* y *párrafo*).

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

P

S

T

U

V

W

Z



Ediciones GONGORA. - San Bernardo, 40. - MADRID



